

T-542-14

Sentencia T-542/14

DECRETO REGLAMENTARIO DE COMPETENCIA PARA REPARTO DE ACCION DE TUTELA-
Unificación de jurisprudencia

FIJACION DE REGLAS EN MATERIA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN ACCIONES DE
TUTELA

CORTE CONSTITUCIONAL-Orden en Auto 124/09 de acatar jurisprudencia sobre la no
facultad de declararse incompetente o decretar nulidades por falta de competencia con
base en el Decreto 1382/00

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y
CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por
existencia de perjuicio irremediable

La acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual, solo procede contra actos
administrativos de contenido particular y concreto, cuando se demuestre un perjuicio
irremediable, de lo contrario la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del
derecho. Igualmente, la tutela no puede presentarse para solicitar el reintegro a cargos
públicos, salvo que el retiro haya dejado a la persona en una situación de debilidad
manifiesta o de indefensión, evento en el que procederá este mecanismo de protección de
manera transitoria.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y
CONCRETO-Improcedencia para solicitar el reintegro de servidores públicos

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y
CONCRETO-Improcedencia por cuanto el accionante puede interponer acción de nulidad y
restablecimiento del derecho y no se evidencia un perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-4.288.394

Demandante: César Javier Gámez Estrada

Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA

Dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta que, a su vez, confirmó el dictado por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y depuración de la misma ciudad, que concedió el amparo a los derechos invocados por César Javier Gámez Estrada contra el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del 31 de marzo de 2014, proferido por la Sala de Selección número Tres y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

César Javier Gámez Estrada, quien ocupaba el cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, Grado 2 del SENA, Regional Magdalena, fue declarado insubsistente mediante Resolución No. 001912 del 7 de noviembre de 2013 por la directora de la entidad, sin siquiera motivar el acto y, encontrándose, para la fecha de su expedición, incapacitado debido a un accidente laboral, razón por la que interpone la presente acción de tutela, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos y funciones públicas.

2. Reseña fáctica

2.1. El Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-, mediante Resolución No. 02180 del 6 de agosto de 2008, convocó a un concurso de méritos con el fin de conformar la lista de elegibles para ocupar varias plazas de los Centros de Formación Profesional Integral del

SENA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 249 del 28 de enero de 2004[1].

2.2. Uno de los cargos ofertados fue el de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02, el cual fue ocupado por el señor César Javier Gámez Estrada, al haber aprobado el concurso en todas sus etapas.

2.3. Mediante Resolución No. 02775 de 2009, fue nombrado en dicho cargo del cual tomó posesión el 10 de diciembre de 2009. Desde entonces, afirma que ha cumplido a cabalidad con las funciones propias de éste. No obstante, mediante Resolución No. 001912 del 7 de noviembre de 2013, la directora del SENA decidió declararlo insubsistente sin haber invocado motivación alguna.

2.4. Considera que el acto administrativo que lo declaró insubsistente es nulo, toda vez que desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de la motivación del acto administrativo de desvinculación, pues tratándose de un cargo que debe ser elegido mediante concurso de méritos, goza de una presunción de estabilidad sin importar que la naturaleza del mismo sea de libre nombramiento y remoción y, por tanto, debe existir dentro de éste las razones que habiliten la terminación del vínculo.

2.5. Por otro lado, manifiesta que la declaratoria de insubsistencia se produjo estando incapacitado por un trauma padecido en su pierna y tobillo derecho, a causa de un accidente ocurrido el 7 de diciembre de 2012, durante un partido de fútbol, en el que participaba en representación del SENA dentro de los juegos zonales de la entidad, por lo que, de igual manera, la institución no podía desvincularlo al gozar de estabilidad laboral reforzada debido a su estado de salud.

2.6. De acuerdo con lo mencionado, el actor interpone la presente acción constitucional con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos y funciones públicas, presuntamente vulnerados por el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA- y solicita se le reintegre de manera inmediata al cargo.

3. Fundamentos de la acción

Manifestó el actor, que la regla general para proveer los cargos en la Administración Pública

es a través de los concursos de méritos, ya que es un sistema basado en el privilegio de los conocimientos y capacidades de quienes aspiran a cargos públicos. No obstante que el mecanismo más idóneo e imparcial para elegir este tipo de funcionarios es el mérito, la Constitución y la ley prevé algunas excepciones tal como lo dispone el artículo 125 de la Carta, el cual señala que:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

Comparó el sistema de elección previsto para los gerentes de las empresas sociales del Estado con el de los subdirectores de centro del Sena, para lo cual citó la sentencia T-169 de 2001 que señala:

“Ahora bien, conforme lo ordena el artículo 125 de la Norma Fundamental la regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que su provisión se hará a través de concurso de méritos, pero, a su vez, informa la norma que este sistema no es procedente en tratándose de cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Cuando el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, decide sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos, se impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso, como sucede en el caso del cargo de gerentes de Empresas Sociales del Estado.[2]

Es más, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional tiene establecido que el nominador sólo puede excusarse de nombrar a quien haya resultado ganador del respectivo concurso, exponiendo argumentos sustentados en razones concretas y objetivas de los que se evidencie la real causa del por qué estima que el aspirante con mayor puntaje no cumple con las exigencias del cargo, aspectos que deberá plasmar en acto administrativo, asegurando de esta manera al aspirante el derecho al debido proceso, que implica su legítimo derecho a la defensa y a controvertir el proceder de la administración.[3]

En consecuencia, afirmó que aun tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, como el que ahora es objeto de controversia, si el legislador determina que la forma de

proveerlo es a través del mérito, el nominador debe sujetarse a las normas del mismo y, por tanto, debe respetar la estabilidad que se desprende de éste.

Manifestó que la directora del SENA al proferir el acto que lo declaró insubsistente, incurrió en desviación de poder al omitir la obligación que se desprende del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 el cual dispone que: “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.”, justificación que no fue dejada en su currículum por los directivos de la entidad.

Señaló el actor que: “la directora general del SENA, al declararme insubsistente, actuó contrario a derecho, por cuanto desconoció los principios de acceso a los cargos públicos y el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que de acuerdo con la pauta jurisprudencial de la Corte Constitucional, si bien el cargo al cual me postulé es de libre nombramiento y remoción, al sujetar el legislador la elección de quien lo ejerce al sistema de concurso, el nominador, en este caso, el director general del SENA, debió respetar los resultados del mismo, manteniéndome en el cargo por haber ocupado el primer lugar ya que lo contrario riñe con la finalidad del sistema de méritos para la provisión de cargos públicos”.

Así mismo, manifestó que la resolución por medio de la cual fue desvinculado, vulnera su derecho al debido proceso pues no existen razones que motiven su retiro del servicio, por lo que no pudo defenderse ni oponerse a dicho acto, negando a su vez, los principios de legalidad y publicidad de las decisiones administrativas.

Afirmó, que “la motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios que ganaron en franca lid el concurso de méritos y fueron nombrados, como es mi caso, resulta indispensable so pena de vulnerar el debido proceso en cuanto al derecho a la defensa. Por ende aunque el nominador cuenta con cierto grado de discrecionalidad para desvincular a un funcionario en mi condición, ésta no puede ser confundida con arbitrariedad, y solo puede estar fundada en razones atinentes al servicio prestado por el servidor.

Conforme con lo anterior, para este ciudadano resulta claro que si bien el servidor público

que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción y a ganado un concurso de méritos, goza de estabilidad laboral. Dicho en otros términos, la estabilidad de un funcionario nombrado en un cargo por meritocr cia implica que cuando es desvinculado necesariamente se le deban indicar las razones de su declaración de insubsistencia.”

4. Pretensiones

Por medio del mecanismo de amparo constitucional solicita le sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos y funciones públicas y, como consecuencia, le sea ordenado al director del SENA, que revoque y deje sin efectos la Resolución 001912 del 7 de noviembre de 2013 por medio de la cual se le declaró insubsistente del cargo de Subdirector de Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira Grado 02 SENA, Regional Magdalena y que, así mismo, sea reintegrado en las mismas condiciones.

Del mismo modo, solicita le sean cancelados las prestaciones y emolumento dejados de percibir por el tiempo en el que estuvo desvinculado y se declare que no hubo solución de continuidad.

Por último, pretende que se conmine a la entidad accionada para que no lo desvincule del cargo de subdirector hasta que se d  nuevo concurso de méritos.

5. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor César Javier Gómez Estrada (folio 14).
- Copia de la Resolución No. 02775 de 2009, por medio de la cual se nombr  al señor César Javier Gómez Estrada en el cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, de la Regional Magdalena (folios 15 a 17).
- Copia de acta de posesión en el cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, de la Regional Magdalena del señor César Javier Gómez Estrada de fecha 10 de diciembre de 2009 (folio 18).

-Copia de la Resolución No. 01912 del 7 de noviembre de 2013, por medio de la cual la Directora General del SENA declaró insubsistente del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, de la Regional Magdalena al señor César Javier Gámez Estrada (folio 19).

-Copia del resultado de la evaluación de los acuerdo de gestión correspondiente a la vigencia del año 2012 realizada por el Director General del SENA al cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, de la Regional Magdalena ocupado por el señor César Javier Gámez Estrada (folios 20 a 25).

-Copia del informe quirúrgico e historia clínica del señor César Javier Gámez Estrada (folios 29 a 40)

6. Respuesta de la entidad accionada

En primer lugar, se refirió a la incompetencia del Juzgado Penal Municipal para conocer y resolver el presente mecanismo de amparo, toda vez que el SENA es un establecimiento público del orden nacional, descentralizado por servicios, por lo que, según el Decreto 1382 de 2000[4] artículo 1º, la competencia la tienen los jueces del circuito o con categoría de tales. Razón por la cual solicitó al juzgado abstenerse de fallar la presente acción y remitirla al juez competente.

El segundo punto al que hizo referencia, fue a la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso, pues el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para debatir sus pretensiones, siendo su deber ejercerlos ante las autoridades judiciales competentes de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, además no acreditó algún perjuicio irremediable que haga viable el amparo.

En tercer término señaló, que de los argumentos que el actor expone en la acción de tutela, confunde la naturaleza de los concursos así como de los cargos de carrera administrativa con los de libre nombramiento y remoción, pues indica que la vacante que ocupaba, para su retiro, requería de motivación al ser nombrado mediante concurso de méritos, no obstante ser de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, la entidad accionada señaló, que la clasificación de los empleos públicos está

definida en el artículo 125 de la Constitución, así:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”.

En consecuencia, el cargo de Subdirector de Centro en el SENA, pertenece al nivel directivo, tal como lo expresa el artículo 2º del Decreto 248 del 28 de enero de 2004 y, según lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, este tipo de empleos se denominan, “de naturaleza gerencial”, los cuales son “son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título”. [5]

Así mismo, el artículo 49 de la misma disposición legal determina que:

“Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos”.

La normatividad existente sobre los cargos de Subdirector de Centro del SENA es clara, pues si bien prevé que la forma de proveerlos es a través del mérito, deja a salvo que la naturaleza del mismo es de libre nombramiento y remoción y que por tanto, el nominador cuenta con discrecionalidad para decidir sobre el retiro del funcionario que ocupe el empleo.

Lo anterior, fue ratificado por el Decreto 1601 de 2005, que reglamentó la Ley 909 de 2004 en cuanto señaló:

“Artículo 1o. En la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional de grado inferior a Secretario General, sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del cargo, se tendrán en cuenta las competencias gerenciales, el mérito, la capacidad y experiencia, las calidades personales y su capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo.

Artículo 4o. El proceso de que trata el presente decreto no implica cambio de la naturaleza

jurídica del cargo a proveer”.

En consecuencia, “queda evidenciado que contrariamente a lo manifestado y pretendido por el accionante, las normas vigentes que regulan el tema, son claras y expresas en señalar que el ingreso al servicio de los gerentes públicos mediante concurso de mérito no les da ninguna estabilidad en el cargo, ni un tiempo mínimo de permanencia, por lo cual, el (la) Director (a) General del Sena, en su condición de nominador(a), tiene facultad discrecional para remover al accionante del empleo en cualquier momento. Desde que él ingresó a la entidad, tenía conocimiento de esa condición, pues su nombramiento fue ordinario y el empleo es directivo.”

Manifestó, que las normas que regulan los empleos de gerencia pública establecen que anualmente, todo gerente público, debe presentar unos acuerdos de gestión como parte de sus obligaciones básicas, no obstante, también señalan que estos no generan estabilidad en el empleo. Así lo afirma el parágrafo del artículo 50 de la Ley 909 de 2004, que dice:

“Es deber de los gerentes públicos cumplir los acuerdos de gestión, sin que esto afecte la discrecionalidad para su retiro”.

Afirmó, que “lo anterior está directamente relacionado con la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción, pues en estos cargos de nivel directivo, como el que ocupaba el demandante en el SENA, no es suficiente con que el funcionario cumpla con sus obligaciones, pues esa es una obligación común a todos los servidores públicos, ya que ninguno de ellos tiene licencia legal para no cumplir con sus deberes; a lo anterior debe sumarse que los resultados de la gestión de una unidad administrativa (en este caso de un Centro de Formación) no dependen simplemente de la buena o mala gestión de quien lo dirige, sino fundamentalmente del equipo de trabajo que conoce sus funciones y las ejecuta oportunamente, de los recursos físicos y financieros con que cuenta la entidad, es decir de todo el engranaje institucional; hay incluso procesos en los mismos Centro de Formación que no dependen de la intervención del Subdirector, sino que son coordinados desde la Dirección General.”

Por último, se refirió a que el retiro del servicio de los empleados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no debe ser motivado y tampoco se requiere dejar constancia de los hechos que lo fundamentan en la hoja de vida del mismo, pues la ley ha

previsto que el nominador cuenta con facultad discrecional para decidir sobre la desvinculación de esta clase de funcionarios.

La Ley 909 de 2004 en el artículo 41, literal a) establece como causal de retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción la declaratoria de insubsistencia y, en el parágrafo 2º señala expresamente que la remoción de estos cargos es discrecional y se debe efectuar mediante acto administrativo no motivado.

La obligación a la que hace alusión el actor en el escrito de tutela de dejar constancia en la hoja de vida los hechos que motivaron el retiro del cargo, la establecía el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 el cual regula la administración del personal civil, y que ya no está vigente, porque la Ley 909 de 2004 que es posterior y especial, reguló íntegramente el “empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública”.

Adicionalmente, afirmó, que “es de resaltar que mientras estuvo vigente el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, la Corte Constitucional fue clara en señalar que el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción NO REQUIERE MOTIVACIÓN; así por ejemplo, en la sentencia C-1003 de 2003 al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el mencionado artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, manifestó:

‘5. No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos. En este sentido, la Sentencia antes citada dijo lo siguiente:’

‘Excepción

Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. 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”.

Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación 'in tuito personae' entre el nominado y el nominador.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción.

La no motivación del acto que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es una excepción al principio general de la publicidad de los actos administrativos, como se dijo en el fallo tantas veces citado. (Se refiere a la Sentencia SU-250 de 1998).”

En síntesis, solicitó, en primer lugar, remitir la acción de tutela al juez del circuito competente para que sea éste quien adelante y lleve a término la actuación o, en su defecto, se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que no existe vulneración a los derechos fundamentales del actor, pues tal como lo expuso, si bien éste ganó el concurso previsto para proveer el cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, de la Regional Magdalena del SENA, la naturaleza de su cargo es de libre nombramiento y remoción y, tanto la ley como la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo Estado, dejan claramente establecido que el nominador, para esta clase de empleos, cuenta con una facultad discrecional para el retiro del mismo, sin necesidad de motivar el acto de desvinculación.

II. DECISIONES JUDICIALES

1. Primera instancia

Mediante sentencia del 2 de diciembre de 2013, el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta- Magdalena concedió el amparo a

los derechos fundamentales del señor Cesar Javier Gámez Estrada y, en consecuencia, ordenó:

“SEGUNDO: Para su efectivo amparo, se dejará sin efecto la Resolución No. 01912 de noviembre 7 de 2013 mediante la cual se declaró la insubsistencia inmotivada del nombramiento ordinario del señor CESAR JAVIER GÁMEZ ESTRADA, en el empleo de SUBDIRECTOR GRADO 02 DEL CENTRO ACUÍCOLA Y AGROINDUSTRIAL DE GAIRA- REGIONAL MAGDALENA.

Por lógico efecto de lo anterior, se le ordenara a la DIRECCIÓN GENERAL del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, representada por la doctora GINA MARÍA PARODY D' ECHEONA, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, dicte las órdenes que estime necesarias para que se haga efectivo el reintegro del señor CESAR JAVIER GÁMEZ ESTRADA al cargo de SUBDIRECTOR GRADO 02 DEL CENTRO ACUÍCOLA Y AGROINDUSTRIAL DE GAIRA- REGIONAL MAGDALENA, que venía desempeñando cuando fue desvinculado al declarar su insubsistencia, ello sin solución de continuidad, al quedar claro, que el accionante nunca debió haber sido declarado insubsistente.

Se ordenará también el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de su insubsistencia hasta cuando sea efectivamente reintegrado, y todo lo aquí resuelto, se cumplirá de manera estricta, independientemente que la decisión sea impugnada por la parte demandada, ello con el fin de no seguir vulnerando los derechos fundamentales del accionante, amparados hoy por vía de tutela.

Finalmente, como resultado del reintegro del accionante a su cargo, se inaplicará la CONVOCATORIA No. 063 de 2013, emitida por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA-, en lo que respecta al cargo de SUBDIRECTOR GRADO 02 DEL CENTRO ACUÍCOLA Y AGROINDUSTRIAL DE GAIRA- REGIONAL MAGDALENA, lo cual deberá ser comunicado a los interesados de manera inmediata por el ente convocante, a través de los mismos medios utilizados para la publicación de la vacante.”

El a quo tomó dicha decisión basado en los siguientes razonamientos:

1. En primer lugar, se refirió a la competencia que tenía para asumir el conocimiento de la presente acción de tutela, toda vez que uno de los argumentos de la parte demandada era

la incompetencia de dicho despacho para asumirlo. Al respecto, manifestó que el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 disponen que todo ciudadano colombiano tiene derecho a acudir a cualquier juez de la República para obtener la protección de sus derechos fundamentales y es deber de los jueces resolver dichas pretensiones en el menor tiempo posible. Para fundamentar lo anterior, citó el Auto 015 de 2013 de la Corte Constitucional[6], el cual dispuso:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las normas que determinan la competencia en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución, que señala que ésta se puede interponer ante cualquier juez, y el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la propia de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, la cual asigna a los jueces del circuito. Por su parte, el Decreto 1382 de 2000 establece las reglas para el reparto de la acción de tutela y no las que definen la competencia de los despachos judiciales[7], pues por su inferioridad jerárquica frente a las anteriores disposiciones, no puede modificarlas. Precisamente, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado desestimó, mediante sentencia de julio 18 de 2002, la mayoría de los cargos de nulidad contra el mencionado acto administrativo, pues consideró que no era contrario al artículo 86 de la Constitución porque establecía normas de reparto y no de competencia.

4. Es por ello que la Corte Constitucional ha precisado que ‘la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibídem)’. [8]

5. Con fundamento en lo anterior, esta Corte estableció, en el auto 124 de 2009, las siguientes reglas para la resolución de los conflictos de competencia en materia de tutela, las cuales son, simplemente, consecuencias naturales de la jurisprudencia constitucional tantas veces reiterada por esta Corporación:

(i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, declararse incompetente y remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autoriza al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del factor de competencia territorial del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes.

6. Por último, sostuvo la Corte que la anterior argumentación no desconocía la validez del Decreto 1382 de 2000, pues se reconoce que las normas de reparto del mencionado acto administrativo deben ser seguidas obligatoriamente por las oficinas de apoyo judicial a la hora de distribuir las acciones de tutela entre los distintos jueces, de modo que, de ninguna forma, el reparto de los procesos debe ser caprichoso o arbitrario.”

Afirmó, que teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional ha dispuesto que el juez a quien debe repartirse el expediente se determina según sea la parte demandada y no a partir del análisis de fondo de los hechos de la tutela, pues éste no corresponde adelantarlo en el trámite de su admisión.

En consecuencia, la declaratoria de incompetencia, así como el decreto de una nulidad por desatención de unas reglas de simple reparto, irían en contra la finalidad de la acción de tutela y los principios de garantía efectiva de los derechos fundamentales.

2. Una vez aclarado lo de la competencia, procedió a analizar el asunto de fondo, del cual concluyó que la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, excedió los límites constitucionales al ejercer las facultades discrecionales, pues la declaratoria de insubsistencia del actor se dio bajo las siguientes circunstancias:

“- El accionante llevaba casi 4 años de servicio, con el SENA, en el cargo de Subdirector grado 02 del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, al que accedió tras superar concurso de méritos, convocado en diciembre de 2008, sin que se le hubieren realizado llamados de atención o anotaciones en la hoja de vida por mala conducta, o indebido ejercicio del cargo, por el contrario, pudo apreciarse que en la última evaluación de gestión, alcanzó un porcentaje de 85,69% sobre 100%.

-Que en diciembre 7 de 2012, sufrió una lesión deportiva, representando al SENA, en los juegos zonales de la institución en la ciudad de Cartagena, lesión sobre la cual le han practicado varias cirugías, y aún no se ha recuperado, ello se acredita con su historia clínica.

-Es innegable que el SENA, no era ajeno al conocimiento del real estado de salud de su empleado, no solo por el evento en que sucedió, sino por las cirugías realizadas, las incapacidades, ausencia en varias ocasiones del sitio de trabajo, lo cual tampoco fue negado o desvirtuado por ente demandado.

-Fue declarado insubsistente mediante Resolución inmotivada, del 7 de noviembre de 2013, notificada el 8 de noviembre de 2013, al accionante, un día antes de entrar en vigor la ley de garantías, para ese tipo de situaciones, y ese mismo día de la notificación, el accionante fue incapacitado por diez (10) días, en razón de la lesión de origen laboral.”

Bajo esos supuestos, el despacho consideró que el accionante si bien ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, la entidad al retirarlo sin dar mayores explicaciones, terminó excediendo los límites que la ley y la Constitución le imponen en tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, si se tiene en cuenta las condiciones particulares de salud del actor.

2. Impugnación

Mediante escrito presentado por la Directora General del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA en su condición de representante legal de la entidad se opuso al fallo del a quo al considerar que, por un lado, existe una vía de hecho en el reparto de la tutela, toda vez que la entidad que representa es un establecimiento público del orden nacional y por tanto su conocimiento lo ha debido asumir un juez del circuito o con categoría de tal por expresa disposición del Decreto 1382 de 2000, y no, un juez municipal, como ocurrió en el presente caso.

Hizo alusión a los Autos 015 de 2013 y 124 de 2009, en los que la Corte Constitucional dispuso:

“Con la anterior argumentación, la Corte no desconoce la validez del decreto 1382 de 2000, simplemente le está otorgando el alcance que debe tener. Se reconoce que las normas de reparto del mencionado acto administrativo deben ser seguidas obligatoriamente por las oficinas de apoyo judicial a la hora de distribuir las acciones de tutela entre los distintos jueces, de modo que, de ninguna forma, el reparto de los procesos debe ser caprichoso o arbitrario.

En este orden de ideas, el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, debe velar por el cumplimiento efectivo de las normas de reparto del decreto 1382 de 2000 por parte de las oficinas de apoyo judicial. En efecto, la Sala Administrativa está en la obligación de tomar las medidas administrativas que le correspondan en relación con los empleados de las oficinas judiciales que desconozcan tales reglas, incluyendo la de dar noticia de ello al ente encargado del control disciplinario de tales personas. Para todo ello, será pertinente la jurisprudencia que, hasta el momento, ha producido esta Corte respecto de la aplicación e interpretación del decreto 1382 de 2000.”

En consecuencia, la entidad consideró que hubo un reparto irregular en el presente caso, por lo cual manifestó que procederá a presentar la queja correspondiente ante el Consejo Superior de la Judicatura para que investigue y sancione a quien corresponda por este hecho.

En cuanto al fondo del asunto, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la tutela y añadió, que si bien el actor dentro del mecanismo de amparo puso de presente su condición de salud, éste no afirmó en ningún momento que se encuentre en estado de discapacidad el cual le afecte sustancialmente su desempeño laboral o profesional y que lo ponga en desigualdad a la hora de incorporarse en el mercado laboral.

Argumentó que “por ende, el análisis de las especiales condiciones del accionante, que debe hacer el juez de tutela para que según los parámetros fijados por la Corte Constitucional en las sentencias transcritas, pueda proceder de manera excepcional el amparo de los derechos de personas discapacitadas o afectadas en su salud y en su discapacidad laboral, NO ES OBJETIVO, ni absoluto, ni empírico, sino que debe ESTAR PROBADO dentro del expediente de tutela, que la situación de salud del accionante le impide o le dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, para lo cual debe analizar el juez de tutela además de las pruebas que demuestren el estado de salud del accionante, las funciones del cargo que él desempeña, la naturaleza jurídica de la entidad (SENA) y la capacidad de esta entidad para reintegrar al accionante”(sic).

Afirmó, que el juez de primera instancia sin fundamento probatorio y de manera contraria a lo manifestado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, supuso que el actor padecía de alguna discapacidad y por ende contaba con alguna disminución laboral por haber sufrido una lesión en un evento deportivo, lo cual no es cierto, pues el mismo accionante manifestó, a través de un correo electrónico enviado al Líder de Gestión Humana Regional del Sena, lo siguiente:

“De: César Javier Gámez Estrada

Enviado el: Sábado, 15 de diciembre de 2012 10:49 a.m.

Para: Luis Enrique Castro Valencia

Asunto: RE: Incapacidad cesar Gámez

De lo manifestado por el señor Gámez en el mencionado e-mail, se puede concluir que éste no presentó al SENA incapacidad por el accidente deportivo ocurrido en los juegos zonales de la entidad, por lo que las circunstancias presentadas por él, en la acción de tutela, no se pueden enmarcan dentro de la protección que la Corte Constitucional ha establecido para casos en los que realmente el trabajador pierde la capacidad laboral.

Así mismo, anexó certificación del 3 de diciembre de 2013 proferida por la Coordinadora del Grupo de Administración de Salarios del Sena, en la que se acredita que el señor Gámez no tiene registros de incapacidades ni ausentismos reportados en el Sistema de Recursos Humanos y Nómina Kactus, entre el 30 de septiembre de 2009 al 3 de diciembre de 2013.

El a quo señala que el actor estaba sometido a controles médicos debido a varias patologías, no obstante, manifiesta la entidad, que dentro del expediente no existe prueba que evidencie que éste haya estado sometido a éstos, hechos que, además, el SENA no pudo controvertir en su momento porque los chequeos médicos no tienen incidencia laboral a diferencia de las incapacidades médicas. “Los controles médicos no necesitan ser comunicados al Sena porque éstos pueden realizarse por fuera del horario laboral y sin que el SENA lo sepa, es más, la condición de directivo que tenía en la entidad le da la libertad en el manejo de su horario laboral y en sus desplazamientos dentro del horario de trabajo; por ende, no puede el juez de primera instancia dar por probado un hecho que el SENA no conoce y que forma parte de la vida privada del accionante”.

En cuanto al argumento del juez de primera instancia frente a la desprotección del trabajador que, como consecuencia de su desvinculación perdió su único sustento y quedó desafiliado de seguridad social, la entidad lo controvertió manifestando que, además de que el señor Gámez Estrada cuenta con título profesional en ingeniería de minas y con una especialización en ciencias ambientales, con buen conocimiento del inglés y una experiencia de más de 12 años, que le permiten acceder a otro trabajo en el sector privado o público o como independiente, cuenta con una empresa de su propiedad, la cual le genera ingresos permanentes, tal como lo demuestra la comunicación enviada por el accionante el

11 de febrero de 2009.

3. Segunda instancia

Mediante sentencia del 18 de diciembre de 2013, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, confirmó el fallo de primera instancia, al considerar que como bien lo expresa en el escrito de impugnación la representante del SENA, el actor es un profesional idóneo para ocupar el cargo, por lo que lo diligente de su parte era demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre remoción, se proponía mejorar el servicio público encargado, lo cual no se sustentó.

“Con la idoneidad y la amplia experiencia de un servidor ingresado por mérito al cargo, se presume que está debidamente capacitado para el mismo; en tal sentido la administración no puede confundir discrecionalidad con arbitrariedad y no puede removerlos de manera caprichosa o arbitraria, es su obligación demostrar las razones de su desvinculación con razones objetivas, sólidas y explícitas, máxime como en el presente caso, el señor CESAR JAVIER GÁMEZ ESTRADA, ingreso por concurso de méritos, y es desvinculado por simple insubsistencia inmotivada”.

Por otro lado, estimó que el actor sí contaba con una discapacidad, pues de las pruebas allegadas al expediente pudo concluir que no podía movilizarse con facilidad y desempeñarse cabalmente en su lugar de trabajo.

“En ese sentido, igualmente, el accionante aportó historia clínica de urgencias, en la que consta que sufrió fractura de peroné con lesión de ligamentos de tobillo, que han ameritado dos intervenciones quirúrgicas y se encuentra pendiente una tercera por cuanto su cuerpo rechaza los clavos que le fueron implantados. Aportó para tales efectos, formato de evolución de la Clínica El Prado de esta ciudad, de fecha 7 de diciembre de 2012 que señala en sus observaciones que el paciente requiere cirugía reducción abierta más osteosíntesis de peroné más reparación primaria de ligamentos del tobillo; que requirió el implante de cinco tornillos de cortical de 3.5 mm, más dos tornillos tricorticales en peroné y tibia de 3.5 mm por rotura de ligamentos a nivel de tobillo y pie y fractura de peroné; historia clínica del 15 de enero de 2013 en la que consta nueva cirugía a practicarse el 28 de enero de ese año; informe quirúrgico del 28 de enero de 2013; informe radiológico de fecha 14 de marzo de 2013; incapacidades médicas por urgencias del 8 de noviembre y el 17 de noviembre

de 2013.”

De acuerdo con lo anterior, concluyó que era innegable la afectación a la salud padecida por el accionante así como el manejo de rehabilitación que requiere, el cual aún se encuentra en proceso, pues menciona que todavía necesita de una tercera intervención y, al ser desvinculado, dicho proceso queda suspendido, pues automáticamente su afiliación al sistema de seguridad social termina, hecho que lo agrava notoriamente dadas sus condiciones de salud que, además, lo dejan por fuera del mercado laboral, no obstante contar con 42 años de edad.

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Con el fin de contar con mejores elementos de juicio para resolver el presente caso, el magistrado sustanciador, consideró pertinente recolectar ciertas pruebas, por lo que mediante Auto del 28 de mayo de 2014, dispuso:

“Por Secretaría General, OFÍCIESE al señor César Javier Gámez Estrada, para que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de este Auto, con los correspondientes documentos que respalden sus afirmaciones, se sirva informar a esta Sala, en que periodos estuvo incapacitado por la lesión de su miembro inferior derecho o de otras enfermedades padecidas, desde que ingresó a laborar como Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 hasta el acto que lo declaró insubsistente.”

Mediante oficio del 24 de junio de 2014, la Secretaría General de esta Corporación allegó al despacho unos documentos que el señor Cesar Javier Gámez Estrada, entregó en virtud de lo solicitado, tales como, su historia clínica, certificación laboral expedida por el SENA y afiliación a la EPS Sanitas.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta que, a su vez, confirmó la dictada por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta- Magdalena, dentro del proceso de

la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos y funciones públicas de César Javier Gámez Estrada, al haberlo declarado insubsistente del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, Grado 2 SENA, Regional Magdalena, sin haber motivado el acto administrativo o sin anotar las razones que lo fundamentaron en su hoja de vida, no obstante, estar incapacitado y contar con una disminución física a la fecha de su retiro.

Para resolver el caso concreto, esta sala, en primer lugar, hará una referencia a la competencia de los jueces de tutela y a las reglas de reparto de dicho mecanismo, contenidas en el Decreto 1382 de 2000 y, en segundo término, hará un breve recuento sobre la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto.

3. Normas que determinan la competencia en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que las normas que determinan la competencia en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución, el cual dispone que ésta se puede interponer ante cualquier juez de la República y, el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, ésta última asignada a los jueces del circuito.

El Decreto 1382 de 2000 establece las reglas para el reparto de la acción de tutela y no las que definen la competencia de los despachos judiciales[9], pues por su inferioridad jerárquica frente a las anteriores disposiciones, no puede modificarlas. Precisamente, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desestimó, mediante sentencia de julio 18 de 2002, la mayoría de los cargos de nulidad contra el mencionado acto administrativo, pues consideró que no era contrario al artículo 86 de la Constitución porque establecía normas de reparto y no de competencia.

En consecuencia, la Corte Constitucional ha precisado que “la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibídem)”[10].

Atendiendo a lo anterior, esta Corte estableció, en el Auto 124 de 2009, las siguientes reglas para la resolución de los conflictos de competencia en materia de tutela, las cuales son, simplemente, consecuencias naturales de la jurisprudencia constitucional tantas veces reiterada por esta Corporación:

(i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, declararse incompetente y remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del factor de competencia territorial del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela

sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes.

Por último, sostuvo la Corte que la anterior argumentación no desconocía la validez del Decreto 1382 de 2000, pues se reconoce que las normas de reparto del mencionado acto administrativo deben ser seguidas obligatoriamente por las oficinas de apoyo judicial a la hora de distribuir las acciones de tutela entre los distintos jueces, de modo que, de ninguna forma, el reparto de los procesos debe ser caprichoso o arbitrario.

En el presente caso, el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, dentro de sus argumentos alegó la incompetencia de los jueces de instancia para conocer de la presente acción de tutela, por cuanto dicha entidad es un establecimiento público del orden nacional y por tanto la competencia la ha debido asumir un juez del circuito o con categoría de tal, por expresa disposición del Decreto 1382 de 2000, y no, un juez municipal, como ocurrió.

Los jueces de primera y segunda instancia, a pesar de ser alegada su incompetencia por parte del SENA, prosiguieron con el trámite hasta su culminación, por lo que dicha entidad alega una vía de hecho como consecuencia de un reparto caprichoso y arbitrario.

Estudiada la situación planteada por la entidad accionada, se observa que la discusión gira en torno a la aplicación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000, lo cual no autoriza a los jueces de tutela a declararse incompetentes. En estos casos, el funcionario judicial a quien correspondió por reparto el conocimiento de la tutela, debe tramitarla o decidir su impugnación, según sea el caso, tal como ocurrió en la presente acción.

Adicionalmente, al margen de la naturaleza jurídica del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, el asunto examinado no es de aquellos exceptuados de la aplicación de la regla sobre conocimiento inmediato y obligado de la acción de tutela sentada en el Auto 124 de

2009, entre otros, toda vez que no se observa una distribución caprichosa de la acción de tutela o un desconocimiento de las disposiciones sobre competencia por parte de la oficina de apoyo judicial, porque no obstante las particularidades de dicha entidad, nada obsta para que se le siga considerando como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo[11].

4. Procedibilidad de la acción de tutela para controvertir actos de carácter particular y concreto. Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela fue consagrada con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley lo establece.

Dicha acción fue concebida con carácter subsidiario, es decir, que solo procede en los casos en que el perjudicado no tenga otro medio de defensa judicial para reclamar sus pretensiones, o existiendo éstos, no sean eficaces para proteger los derechos, eventos en que la tutela protege al afectado de forma definitiva. No obstante, existen circunstancias en las cuales la tutela procede como un instrumento transitorio y es, cuando existiendo acciones judiciales ordinarias, dicho mecanismo pretende evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto, se ha establecido por parte de esta Corporación, la improcedencia de la tutela, pues para ello cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa “gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca.”[12]

No obstante, también se ha dicho por vía jurisprudencial, que solo de manera excepcional procedería la tutela para atacar esta clase de actos “cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos.”[13]

En tratándose de actos administrativos que ordenan la desvinculación de un trabajador de un empleo público, esta Corporación ha señalado que “la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual desplaza a la acción de tutela dado que, como ya se dijo, tiene un carácter residual y subsidiario.”[14]

Sin embargo, la Corte también ha indicado que la tutela procede de manera excepcional en estos casos, y es cuando se evidencia la vulneración de un derecho fundamental y, por tanto, la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz a los derechos amenazados o vulnerados. Al respecto la Corte ha dicho que “un retiro del servicio no implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.”[15]

De lo anterior se puede concluir, que la tutela como mecanismo subsidiario y residual, solo procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando se demuestre un perjuicio irremediable[16], de lo contrario la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, la tutela no puede presentarse para solicitar el reintegro a cargos públicos, salvo que el retiro haya dejado a la persona en una situación de debilidad manifiesta o de indefensión, evento en el que procederá este mecanismo de protección de manera transitoria.

En el presente caso, el señor César Javier Gámez Estrada interpone la presente acción de tutela al considerar que el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos y funciones públicas, por cuanto fue desvinculado de dicha entidad sin ninguna motivación, no obstante haber sido nombrado en un cargo que, si bien, es de libre nombramiento y remoción, fue provisto a través de

concurso de méritos. Adicionalmente a ello, señaló que para el momento de la terminación de su vínculo, se encontraba incapacitado y con una disminución física a causa de un accidente laboral sufrido dentro de los juegos zonales de la entidad.

El señor Gámez fue nombrado mediante Resolución No. 02775 de 2009, en el cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 del SENA, por haber superado el concurso de méritos convocado para el efecto. Tomó posesión del mismo el 10 de diciembre de 2009, cumpliendo con todas sus obligaciones, no obstante, a través de la Resolución No. 001912 del 7 de noviembre de 2013, la directora del SENA decidió declararlo insubsistente sin haber invocado motivación alguna.

Estimó el actor que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales, toda vez que la ley determinó que los cargos de subdirectores de los Centros de Formación Profesional Integral del SENA, deben ser provistos a través de concurso de méritos, aun cuando su naturaleza fuera de libre nombramiento y remoción, por lo que el nominador debe sujetarse a las normas del mismo y, por tanto, debe respetar la estabilidad que se desprende de este.

En consecuencia, consideró que el director de la entidad no tenía facultad discrecional para retirarlo del cargo, pues para hacerlo debía demostrar que lo que pretendía era el mejoramiento del servicio, hecho que no ocurrió en el presente caso. Adicionalmente, argumentó que la discapacidad padecida fue causa de un accidente laboral ocurrido dentro de los juegos zonales de la entidad, en una de sus piernas, en el año de 2012, situación por la que ha tenido que ser operado en varias ocasiones.

La entidad accionada por su parte, argumentó en el trámite de tutela que, en primer lugar, el señor Gámez ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción que no requería motivación al momento de la desvinculación y, que si la ley había indicado que la forma para proveerlo era a través del mérito, esto no variaba la naturaleza del cargo ni por ende, la facultad discrecional del nominador para terminar dicha relación.

Respecto de la discapacidad del actor, mencionó que éste no contaba con ninguna pérdida de su capacidad laboral al momento de su desvinculación y que en cuanto al accidente ocurrido dentro de los juegos zonales de la entidad afirmó, que el accionante manifestó, a través de un correo electrónico enviado al Líder de Gestión Humana Regional del Sena, lo

siguiente:

“De: César Javier Gámez Estrada

Enviado el: Sábado, 15 de diciembre de 2012 10:49 a.m.

Para: Luis Enrique Castro Valencia

Asunto: RE: Incapacidad cesar Gámez

QUERIDOS COMPAÑEROS, QUIERO INFORMARLES QUE NO TENGO INCAPACIDAD, EL ORTOPEDISTA NO LO VIO PERTINENTE YA QUE LA CIRUGÍA FUE AMBULATORIA, SOLO REQUIERO REPOSO EN LA OFICINA, ASI COMO HE ESTADO ASISTIENDO, AHORA QUIEN DA LA INCAPACIDAD ES EL MÉDICO”.

De lo manifestado por el señor Gámez en el mencionado e-mail, se puede concluir que éste no presentó al SENA incapacidad por el accidente deportivo ocurrido en los juegos zonales de la entidad. Así mismo, anexó certificación del 3 de diciembre de 2013 proferida por la Coordinadora del Grupo de Administración de Salarios del Sena, en la que se acredita que el señor Gámez no tiene registros de incapacidades ni ausentismos reportados en el Sistema de Recursos Humanos y Nómina Kactus, entre el 30 de septiembre de 2009 al 3 de diciembre de 2013.

Adicionalmente a lo anterior, puso de presente que, además de que el señor Gámez Estrada cuenta con título profesional en ingeniería de minas y con una especialización en ciencias ambientales, con buen conocimiento del inglés y una experiencia de más de 12 años, que le permiten acceder a otro trabajo en el sector privado o público o como independiente, cuenta con una empresa de su propiedad, la cual le genera ingresos permanentes, tal como lo demuestra la comunicación enviada por el accionante el 11 de febrero de 2009.

Los jueces de instancia decidieron conceder el amparo a los derechos fundamentales del señor Cesar Javier Gámez Estrada al considerar que tratándose de un cargo provisto a través del mérito, el director de la entidad ha debido motivar el acto por medio del cual decidió desvincularlo o, en su lugar, hacer la anotación de los fundamentos que tuvo para su despido en la hoja de vida del empleado.

Y por otro lado, estimaron que el actor al momento de la desvinculación se encontraba discapacitado como consecuencia del accidente laboral padecido en el año 2012, por lo que el director de la entidad no podía terminar la relación laboral existente, al ser considerado sujeto de especial protección laboral acreedor de estabilidad laboral reforzada.

Mediante oficio del 24 de junio de 2014 la Secretaría General de esta Corporación allegó unos documentos que el actor entregó de acuerdo con lo solicitado por el magistrado sustanciador, dentro de los cuales se observa una certificación proferida por el SENA el 13 de junio de 2014, en la que se informa que el señor Cesar Javier Gámez Estrada presta sus servicios a dicha entidad desde el 30 de septiembre de 2009 desempeñando a la fecha el cargo de Subdirector de Centro devengando una asignación mensual de cuatro millones quinientos cincuenta y ocho mil seiscientos veintitrés pesos (4.558.623).

Así mismo, el actor allegó copia de la historia clínica en la que se evidencia que ha tenido varios ingresos a urgencias de la clínica El Prado, como consecuencia de diferentes padecimientos, los cuales se relacionaran a continuación:

Fecha de ingreso

Diagnostico

Días de incapacidad

26/05/2012

Mientras jugaba futbol fue golpeado por otra persona en tobillo izquierdo. Fractura transidesmal del peroné. Plan tratamiento ortopédico RC más aines, más control por consulta externa.

30 días

7/12/2012

Traumatismo superficial del pie y del tobillo. Paciente con trauma deportivo en pierna y tobillo. Dolor y limitación funcional. Radiografías muestran fractura de peroné

con lesión de ligamentos de tobillo. Requiere cirugía. Reducción abierta más osteosíntesis de peroné más reparación primaria de ligamentos de tobillo.

En la historia no dice días de incapacidad

26/12/2012

Luxofractura de tobillo. Buena evolución. Indicó retiro de puntos, recolocar férula y control en 15 días.

Ninguno

15/01/2013

35 días POP. Lesión de maissoneve, buena evolución sin dolor. Herida quirúrgica bien. Programó cirugía lunes 28 a las 7:00 am para extracción de material de osteosíntesis en peroné.

Ninguno

28/01/2013

Extracción de dispositivo en peroné.

No dice en la historia clínica

5/08/2013

Cólico renal. Infección en vía urinarias. Uropatía obstructiva izquierda secundario a litiasis uretral distal aprox 1 cm con uréter hidronefrosis ipsilateral. Requiere de desobstrucción de vía urinaria urgente para evitar deterioro y falla renal por aumento de la presión en grupos caliciales.

En la historia no dice días de incapacidad

16/09/2013

Cálculo del uréter. Paciente masc pop inmediata de ureterolitotomía endoscopia

flexible con láser Holmium, pop excelente, hemodinamicamente estable, cardiopulmonar estable. Plan: 1. Salida. 2. Cita control 15 días. 3. Cefalexina 1 tab c/6 horas. 4. Hioscina cada 6 horas 1 tab.

5 días

8/11/2013

Golpe en pie. Contusión de dedo (s) del pie derecho sin daño de las uñas. Paciente con cuadro de traumatismo contundente a nivel del cuello de pie y con antecedente de luxofractura de peroné derecho por lo que se decide colocar un vendaje de Jhons y dar de alta médica con fórmula + recomendaciones +incapacidad laboral.

10 días

17/11/2013

Antecedente de esguince de tobillo derecho y fractura de tibia derecha. Se revisa RX de cuello de pie el cual revela leve edema de tejidos blandos no compromiso articular. Se da de alta con fórmula médica

15 días

4/06/2014

Cólico renal, estable termodinamicamente consciente y orientado en sus 3 esferas. Refiere mejoría notoria de su cuadro clínico. Signos vitales de FC 70, FR16 TA 120/70 SO 99%. Se decide dar de alta médica con recomendaciones y manejo ambulatorio.

Ninguno

5/06/2014

Cólico renal. Paciente hemodinamicamente estable, buenas condiciones generales de salud. Refiere mejoría de su cuadro clínico. Se ordena alta médica con recomendaciones, signos de alarma y órdenes médicas.

Ninguno

De acuerdo con lo expuesto en la acción de tutela por el señor César Javier Gámez Estrada, esta Sala observa que sus pretensiones van encaminadas a que se dejen sin efectos las resoluciones por medio de las cuales se le declara insubsistente del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 del SENA y que, en consecuencia, se reintegre al cargo. Como fundamento de su pretensión manifiesta que fue nombrado por el director del SENA, luego de haber aprobado en todas sus etapas un concurso de méritos, por lo que el nominador no contaba con discrecionalidad para desvincularlo, pues no obstante, ser un cargo de libre nombramiento y remoción, ha debido, siquiera, motivar el acto por medio del cual tomó dicha decisión. Adicionalmente, argumentó que para el momento del retiro se encontraba incapacitado como consecuencia de un accidente sufrido en los juegos zonales de la entidad en el año 2012.

Los jueces que asumieron el conocimiento de la acción, tanto en primera como en segunda instancia, decidieron conceder el amparo a los derechos fundamentales del actor y, en consecuencia, ordenaron dejar sin efectos las resoluciones por medio de las cuales fue declarado insubsistente, así como el reintegro al cargo.

Esta Sala observa que el actor pretende, en sede de tutela, controvertir un acto administrativo particular y concreto que tiene como fin su desvinculación del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 del SENA, al respecto, tal como se dijo precedentemente, en tratándose de esta clase de actos, esta Corporación ha señalado que “la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual desplaza a la acción de tutela dado que, como ya se dijo, tiene un carácter residual y subsidiario.”[17]

No obstante, también se ha dicho que la tutela podría proceder si se evidencia un perjuicio irremediable que haga posible el examen de fondo del asunto puesto a consideración.

En el presente caso, esta Sala de Revisión se aparta de lo decidido por los jueces de instancia, por cuanto lo que pretende el actor que se discuta es la naturaleza del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 del SENA y la discrecionalidad

del nominador frente a este para decidir su desvinculación, controversia propia de la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la jurisdicción constitucional, salvo, como se mencionó anteriormente, que se pretenda evitar un perjuicio irremediable en cabeza del actor.

Ahora bien, en cuanto al argumento de los jueces que asumieron el conocimiento del asunto, respecto del cual el actor contaba con una discapacidad al momento de la desvinculación y por tanto, la entidad no podía despedirlo, pues gozaba de estabilidad laboral reforzada, esta Sala deduce de las pruebas allegadas con el expediente de tutela y, posteriormente, en sede de revisión, que si bien el actor sufrió un accidente, cuando participaba en los juegos zonales de la entidad en el año 2012, éste no le generó una pérdida de su capacidad laboral, pues no existe dentro de los documentos obrantes en el líbello de la demanda, un dictamen mediante el cual se pueda concluir que el actor cuenta con una limitación en su estado de salud por ese suceso o por algún otro padecimiento.

De la historia clínica allegada a esta Corporación, y transcrita líneas arriba, se puede observar que el señor Gámez ha entrado en varias oportunidades a urgencias de la clínica El Prado por diferentes motivos, entre ellos la contusión en su pie derecho, por el cual ha tenido que acudir en varias ocasiones, entre ellas el 8 de noviembre de 2013, día en la que le fue notificada la Resolución 01912 por medio de la cual la directora del SENA decidió declararlo insubsistente, no obstante, esta Sala también observa, que dicho acto administrativo fue proferido el 7 de noviembre de 2013, fecha en la que el actor se encontraba sin dificultades de salud, lo que permite concluir que la decisión tomada no es producto de un acto discriminatorio en razón de sus padecimientos.

Así mismo, también se constata que el actor no ha sido incapacitado de manera reiterada, ni ha sido hospitalizado recurrentemente, lo que permite concluir que no cuenta realmente con una discapacidad de la que se pueda inferir que su desvinculación del cargo de Subdirector del Sena pueda ocasionarle un perjuicio irremediable, pues si bien es cierto que dicho suceso trae alteraciones en su vida, no se encuentra en una situación de vulnerabilidad que haga procedente el amparo por vía de tutela.

En consecuencia, esta Sala declarará la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional, por cuanto el señor César Javier Gámez Estrada está en capacidad de acudir

a la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos que resolvieron desvincularlo del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 del SENA.

Así pues, ante dicha instancia, por ser la competente, bien podría el demandante plantear la viabilidad jurídica de la tesis que esgrime, según la cual los empleos públicos en caso de proveerse por estricto mérito, correlativamente imponen como consecuencia que el nominador solo podrá terminar esa relación legal y reglamentaria motivando expresamente el acto respectivo, sin que quepa argüir la existencia de una motivación implícita fundada en la presunción de que el nominador actuó en procura de mejorar el servicio y que, además, por estar vigente, debe darse aplicación a la norma contenida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, según la cual es presupuesto para la validez de los retiros de los empleos de libre nombramiento y remoción dejar constancia en su hoja de vida de los hechos y las causas que lo motivaron. Tesis que deberá ser valorada por el juez de lo contencioso administrativo de acuerdo con las normas constitucionales y legales y los desarrollos jurisprudenciales de esta Corte y del propio Consejo de Estado, aplicables al caso y no por vía de tutela, ante la evidencia cierta de que en esta oportunidad no se vislumbra la configuración de un perjuicio irremediable que habilite la competencia del juez constitucional para pronunciarse al respecto.

No obstante, como los jueces que asumieron el conocimiento de la presente acción, decidieron conceder el amparo de manera definitiva al señor César Javier Gámez Estrada y, en consecuencia, dejaron sin efectos los actos administrativos que resolvieron su desvinculación y dispusieron reintegrarlo al cargo, el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA- deberá, en caso de estimar necesario el retiro del actor por razones que supongan una mejora del servicio del cargo que actualmente ocupa, proferir un nuevo acto administrativo para que éste pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de controvertirlo.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta- Magdalena que, a su vez, confirmó el dictado el 2 de diciembre de 2013, por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración de la misma ciudad, que concedió el amparo invocado y, en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela por los motivos señalados en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA que, en caso de tomar la decisión de retirar del cargo de Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira G02 al señor César Javier Gámez Estrada, profiera un nuevo acto administrativo con el fin de que éste pueda ser controvertido ante la jurisdicción contencioso administrativa.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-542/14

FACULTAD DISCRECIONAL Y ESTABILIDAD LABORAL DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Motivación de actos que los retiran del servicio (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-4.288.394

Acción de tutela instaurada por César Javier Gámez Estrada contra Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, a continuación expongo las razones que me llevaron a aclarar el voto en relación con lo decidido por la Sala Cuarta de Revisión en el asunto de la referencia.

En esta oportunidad se estudió el caso del ex Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira, Grado 2 del SENA (Regional Magdalena), nombrado en un cargo gerencial de libre nombramiento y remoción después de haber superado un concurso de méritos. Este aducía que fue declarado insubsistente mientras se encontraba incapacitado por una lesión adquirida durante los juegos zonales de la entidad. Así mismo, sostuvo que el acto no ofrecía motivación alguna, en contravía de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona enferma y la motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios.

Con base en lo anterior, en sede de tutela, el accionante solicitó que se dejara sin efectos la resolución por medio de la cual fue retirado del servicio y, en consecuencia, se ordenara su reintegro con los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir. Así mismo, pidió que

su desvinculación se produjera solo hasta que realizara un nuevo concurso de méritos para proveer su cargo.

2. La Sala Cuarta de Revisión declaró improcedente el amparo al considerar que las pretensiones del actor se orientaban realmente a discutir la naturaleza del cargo que solía ocupar y la discrecionalidad del nominador para decidir su desvinculación, controversia propia de la jurisdicción contencioso administrativa. Concluyó que el peticionario se encontraba en la capacidad de acudir al mecanismo judicial ordinario de defensa, sin que ocurriera un perjuicio irremediable, puesto que contaba con una empresa que le generaba ingresos mensuales. Respecto de su estado de médico reparó que: (i) no obraba prueba de una limitación en la salud, (ii) el día en que fue expedida la resolución de insubsistencia no estaba incapacitado y (iii) su hoja de vida no contaba con visitas recurrentes al médico o a la sala de urgencias.

Ahora bien, debido a que los jueces de instancia habían concedido el amparo, dejando sin efectos el acto administrativo de retiro y reintegrando el actor al cargo, la Corte ordenó al SENA que, en caso de juzgar necesario su desvinculación para mejorar el servicio, proferiera acto administrativo, con el fin de que este pudiera controvertirlo ante el juez competente.

3. Al respecto debo señalar que expresé mi acuerdo sobre la inexistencia de una situación de vulnerabilidad que hiciera procedente la acción de tutela, teniendo en cuenta que se comprobó que las consecuencias de la lesión adquirida durante el partido de fútbol no le imposibilitaban desarrollar su labor y que devengaba ingresos mensuales por la empresa de la cual era dueño. No obstante, estimo que la sentencia ha debido profundizar en analizar si la declaratoria de insubsistencia se ajustaba a los límites constitucionales, esto es, impuestos a la facultad discrecional de retiro de los trabajadores vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, esta Corporación ha indicado que aunque a las autoridades públicas se les permite “apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación”, su labor se debe enmarcar dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional[18].

La estabilidad laboral restringida o precaria de la que gozan esa clase de cargos, debido a que su vinculación, permanencia y retiro depende de la voluntad del empleador, encuentra una frontera en la arbitrariedad por desviación de poder[19], puesto que el orden constitucional proscribe la existencia de poderes absolutos e ilimitados[20]. Justamente, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra que “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”[21].

Bajo ese derrotero, la Corte ha asimilado la mayor libertad que conlleva el uso de las facultades discrecionales en relación con tales empleos con una “una atenuación del deber de motivación de los actos que los retiran del servicio”[22]. La decisión de retiro en esos casos debe tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso[23], ya que el funcionario no se libera del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa[24].

Ha considerado que la obligación de dejar constancia del hecho y de las causas del retiro de un funcionario que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción[25] constituye una “sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder”[26]. Además, ha establecido que tal deber no se agota con la invocación de razones abstractas de buen servicio, puesto que debe “obedecer a una justificación mínima en cuanto a la necesidad de atender a la oportuna, eficaz y eficiente prestación del servicio”[27]

De otro lado, el fallo también debió desarrollar en mejor medida el argumento del mérito como pilar fundamental de la carrera administrativa, por cuanto el actor fue nombrado después de superar y aprobar las distintas etapas del proceso de selección. A la luz del artículo 125 Superior la carrera es un sistema de administración de personal cuyo objeto es elegir el capital humano mejor capacitado y calificado para desempeñar la función pública en beneficio de la colectividad en general. Aun cuando se trate de empleos con estabilidad restringida, a los funcionarios que los ocupen se les debe garantizar una certeza mínima de permanencia mientras desempeñen su labor idóneamente o se abra una nueva convocatoria para proveerlo.

Ello encuentra sustento en el principio de confianza legítima que debe guiar las actuaciones de las autoridades y que se deriva del artículo 83 Constitucional, según el cual “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Así las cosas, considero que este caso constituía la oportunidad idónea para que la Corte estableciera la intensidad de la motivación de los actos administrativos de retiro de funcionarios nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción después de haber surtido un concurso de méritos.

4. Con fundamento en lo anterior, la sentencia pudo haber concluido que si bien el cargo ocupado por el peticionario era del nivel directivo y de confianza, el accionante contaba con una garantía mínima constitucional a conocer el motivo de su retiro, máxime cuando se soportaba en un concurso de méritos. Por tanto, habría podido ordenar la motivación del acto administrativo, así como disponer el reintegro mientras se surtía el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Fecha ut supra.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] “Artículo 26. Los Subdirectores de los Centros de Formación Profesional Integral del SENA son funcionarios de libre remoción por parte del Director General del SENA. En todo caso, su nombramiento deberá realizarse mediante un proceso de selección meritocrático, sujeto a veeduría ciudadana. Para tal fin deberá realizarse una selección de por lo menos tres (3) candidatos por cada Centro.”

[2] “Artículo 28 ley 1122 de 2007. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la

Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

[3] Ver al respecto la sentencia C-1173 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto), y la sentencia C-211 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis, con salvamento parcial de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto).

[4] “Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura.

A los jueces del circuito o con categorías de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.”

[5] Ley 909 de 2004, artículo 47.

[6] M.P. María Victoria Calle Correa.

[7] Ver Auto 099 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y Sentencia del dieciocho (18) de julio de 2002, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

[8] Auto 230 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Reiterado por el auto 340 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), entre otros.

[9] Ver Auto A-099 de 2003 y Sentencia del dieciocho (18) de julio de 2002, proferida por la

Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

[10] Auto 230 de 2006. Reiterado por el auto 340 de 2006, entre otros.

[11] Ley 119 de 1994, artículo 1º.

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-016 del 18 de enero de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo y T-012 del 19 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

[13] Corte Constitucional, Sentencia T-012 del 19 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[14] Ibidem.

[15] Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[16] Atendiendo a lo mencionado en el presente acápite y con el fin de determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, esta Corporación ha depurado algunos elementos que se deben tener en cuenta, a saber:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser

urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal de la oportunidad de la urgencia.

C).No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza

requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.”[16]

[17] Ibidem.

[18] Sentencia C-734 de 2000.

[19] Sentencias C-479 de 1992, C-540 de 1998, C-475 de 1999, SU-448 de 2011 y T-372 de 2012.

[20] Sentencia T-372 de 2012.

[21] Esta norma reproduce el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

[22] Sentencia T-372 de 2012.

[23] Sentencia T-064 de 2007.

[24] Sentencia SU-917 de 2010.

[25] Esta obligación se encuentra consignada en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 en los siguientes términos: “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. (...)”.

[26] Sentencia SU-250 de 1998.

[27] Sentencia T-532 de 1998.