

Sentencia T-686/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

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

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.

CONFIANZA COMO CRITERIO DETERMINANTE EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

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.

CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Características

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.

DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Alcance

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-No motivación/DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Discrecionalidad relativa y restringida

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Acto de desvinculación no requiere motivación por pérdida de confianza

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.

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Deben gozar de plena confianza, confidencialidad, seguridad, conocimiento personal y sometimiento a la dirección

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

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.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO FACTICO-Improcedencia por cuanto se realizó una adecuada valoración de las pruebas respecto a la

desvinculación de los cargos de libre nombramiento y remoción

Referencia: expediente T- 4.346.728

Acción de tutela instaurada por Elizabeth Herrera Neira contra la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Derechos fundamentales invocados: debido proceso, igualdad, trabajo, libre desarrollo de la personalidad, circular libremente por el territorio nacional y permanecer en él.

Temas: Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, configuración del defecto fáctico, la confianza como criterio determinante en cargos de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad en materia de funcionarios de libre nombramiento y remoción y la desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción por pérdida de confianza.

Problema jurídico: ¿vulnera la autoridad judicial accionada los derechos fundamentales invocados, al no considerar que los actos administrativos mediante los cuales fue declarada insubsistente la accionante, pudieron tener origen en una actuación con desviación de poder?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien la preside, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014), por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual confirmó el fallo del

veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cuanto denegó los derechos fundamentales invocados por la señora Elizabeth Herrera Neira.

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, mediante Auto del veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014), escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992, por tratarse de una acción de tutela dirigida contra una providencia judicial proferida por el Consejo de Estado, el Magistrado Sustanciador rindió el respectivo informe de la acción de tutela a la Sala Plena de esta Corporación, quien en sesión del diecisiete (17) de julio de dos mil catorce (2014) determinó que la presente acción fuera fallada por la Sala de Revisión.

En consecuencia, y 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 señora Elizabeth Herrera Neira, a través de apoderado judicial, presenta acción de tutela el 11 de enero de 2013, solicitando al juez constitucional proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la justicia efectiva, a la igualdad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a circular libremente por el territorio nacional y permanecer en él y al no destierro del territorio nacional, presuntamente vulnerados por la Sección Segunda del Consejo de Estado, al no realizar una adecuada valoración de los medios expuestos en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, que daban cuenta de la existencia de una desviación del poder en la decisión de declararla insubsistente del cargo que desempeñaba en el INVIMA.

Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1.2. Hechos y argumentos de derecho

1.2.1. Señala la accionante que fue nombrada mediante Resolución No. 244725 del 13 de octubre de 1999, en el cargo de Subdirectora General, Código 0040, Grado 16, de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA.

1.2.2. Refiere que mediante las Resoluciones No. 249611 del 12 de enero y 253049 del 21 de marzo de 2000, el Director General del INVIMA la declaró insubsistente del cargo que venía desempeñando, motivo por el cual interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.2.3. Afirma que en el curso del proceso ordinario, el INVIMA argumentó que por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, podía ser libremente retirada del cargo por su superior. Adicionalmente, sostuvo que la desvinculación se había dado por razones del servicio.

1.2.4. Por su parte, alega la accionante que su desvinculación fue producto de una clara desviación del poder por parte del Director General del INVIMA, puesto que a pesar de que su cargo era de libre nombramiento y remoción, las razones para su retiro no estuvieron fundadas en procura de una mejor prestación del servicio, sino en “intereses poco claros del Director y desavenencias surgidas con ocasión del cumplimiento estricto de la ley por la funcionaria demandante, en el proceso de control y vigilancia llevado a cabo en contra de la empresa BIMBO”.

1.2.5. Arguye que su retiro se dio de manera arbitraria, excediendo la potestad legal del nominador y en contravía de la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual si bien, los funcionarios de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados, su retiro no puede darse por desviación del poder.

1.2.6. Respecto a los hechos que, en su opinión, dieron origen a su desvinculación de manera irregular y que fueron debidamente demostrados en el proceso laboral, refiere son los siguientes: (i) el INVIMA conocía de antemano la calidad de su trabajo, puesto que ya se había desempeñado en la institución como Asesora de la Dirección General; (ii) las pruebas documentales evidenciaron que siempre en el desarrollo de su labor siguió los parámetros legales en los procesos técnicos y en el control de los problemas y riesgos sanitarios. En virtud de lo anterior, precisó que ciertos productos de la Empresa Bimbo S.A., evidenciaron

altos contenidos de “ácido sórbico”, motivo por el cual fueron “rechazados” por el laboratorio, hasta tanto no se diera cumplimiento a los estándares legales correspondientes; (iii) su diligencia en la labor encomendada se manifestó al resolver en la mayor brevedad posible todas las inquietudes de la Dirección General del INVIMA a propósito del dictamen por ella proferido en relación con el caso BIMBO; (iv) el Director del INVIMA le dio aval a las soluciones y procedimientos por ella propuestos; (v) sus habilidades y méritos fueron reconocidos por la misma entidad, quien en la contestación de la demanda ordinaria señaló que “el hecho de que la actora hubiese sido una excelente funcionaria no le otorgaba permanencia absoluta en el cargo” y; (vi) sus calidades profesionales se prueban con los testimonios aportados al proceso de personas que trabajaban en la entidad al momento de la ocurrencia de los hechos.

1.2.7. Explica que frente al tratamiento que debía dársele a los productos examinados y frente a los cuales se determinó la presencia de ácido sórbico de la citada empresa de alimentos, existía diferencia de posiciones, la cual se encuentra documentada con el cruce de comunicaciones con el Director de la entidad, planteándose entonces dos procedimientos disímiles a seguir: (i) aplicar de inmediato la medida preventiva conforme a las disposiciones técnicas de la ley sanitaria, consistente en el decomiso del producto y la iniciación del proceso sancionatorio, solución propuesta por la demandante ante la clara vulneración de las normas por parte de algunos productos BIMBO, o; (ii) encontrar razones que indicaran si había un impacto real o no en la salud de las personas, ante la violación de las disposiciones sanitarias, tal como lo propuso el Director General del INVIMA.

1.2.8. Asegura que el día 14 de diciembre de 1999, recibió una llamada del Director del INVIMA, quien indagó de manera particular sobre el “caso BIMBO”, mencionando que se iba a comunicar con dicha empresa para dar aviso sobre los problemas que presentaban sus productos. Frente a lo anterior, cuenta que manifestó su desacuerdo, puesto que dicho comportamiento es ajeno al procedimiento legal establecido para estos casos.

1.2.9. Relata que, en cumplimiento de sus labores, realizó una visita a las instalaciones de BIMBO el día 23 de diciembre de 1999, en la que se encontró que la empresa ya había sido advertida de la posibilidad de ser sancionada por el INVIMA y, en consecuencia, se venía adelantando un plan de contingencia desde el 20 de diciembre de ese mismo año, para asegurarse que los niveles de ácido sórbico de sus productos fueran adecuados, por lo

que en el acta de visita se decidió “no tomar la medida de clausura temporal de la línea de ponqués, proceder a levantar la medida de elaboración de Ponqués Oro y realizar la toma de muestras de todas las variedades de ponqués”.

1.2.10. Sostiene que el hecho anterior permite inferir que al interior del INVIMA había personas que no estaban interesadas en que se sancionara en los términos de ley a la empresa Bimbo S.A., ya que para la fecha en que se realizó la visita mencionada, muchas de las medidas que se debían imponer ya no eran necesarias, en razón de que la empresa tenía conocimiento sobre los resultados arrojados y las posibles medidas a adoptar.

1.2.11. Menciona que la discordancia surgida con en el manejo del precitado caso con el Director de la entidad, se demostró con la actitud del funcionario de no recibirla personalmente el día 12 de enero de 2000, cuando quiso notificarle que existían amenazas en contra de su vida, pues había recibido en su casa un sufragio, obteniendo como respuesta un oficio en el que el INVIMA le solicita que “rinda informe escrito del incidente... y que denuncie a las autoridades competentes”.

1.2.12. Dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de providencia del 14 de febrero de 2008, decretó la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se había declarado insubsistente a la accionante. Argumentó el Tribunal que la demandante “cumplía a cabalidad sus obligaciones constitucionales y legales y que “era una buena funcionaria” “con condiciones que la hacen moralmente apta””. En este orden, encontró probado que el cruce de oficios y memorandos entre la demandante y el Director General de la entidad, sustentaban los reclamos de desviación del poder alegados, puesto que “el Director General había usado equivocada y arbitrariamente la autoridad a él conferida por la ley para declararle insubsistente”.

1.2.13. Impugnada la decisión por la Oficina Jurídica del INVIMA, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en fallo del 8 de agosto de 2012, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda.

Resaltó la confianza como uno de los requisitos exigidos para el desempeño de los cargos de libre nombramiento y remoción, el cual es precisamente el elemento que justifica que el nominador pueda disponer libremente su provisión y retiro, puesto que para la escogencia

del personal que ocupa estos cargos se utilizan criterios “personales o de confianza”.

Se refirió a las funciones de la Dirección General y la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, destacando que entre ellas se encuentra la de dirigir, coordinar y controlar la gestión de la entidad, así como la de velar por la satisfacción de las necesidades de la comunidad, en materia de calidad de los productos que consumen. De lo anterior concluyó, que el funcionario tiene un marco de acción amplio, dentro del que se encuentra la coordinación con las distintas áreas encargadas del proceso de vigilancia sobre los productos.

De esta manera, concluyó que la actuación que se adelantó dentro del proceso BIMBO, por parte del Director General del Invima, lejos de constituir una persecución o un hostigamiento contra la demandante, se enmarcó dentro del giro ordinario de las actividades del Director de la entidad, cuya misión es la de proteger y promover la salud de la población, mediante la gestión del riesgo asociado al consumo, por lo que, debía asegurarse de que los productos analizados no revestían un peligro para la salud, lo cual se evidenció en las solicitudes elevadas a la señora Elizabeth Herrera.

Finalmente, consideró que el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elizabeth Herrera Neira no adoleció del vicio por desviación del poder, en la medida en que el nominador no desbordó los límites de razonabilidad y proporcionalidad que se exige en las relaciones con funcionarios de confianza.

1.2.14. La peticionaria refuta la decisión adoptada por el Consejo de Estado, en la que sostiene, se guardó silencio sobre sus calidades como funcionaria y por el contrario, se concentró en pruebas específicas y aisladas como el debate sobre si el exceso de ácido sórbico tenía consecuencias cancerígenas, de las cuales infirió cierta razonabilidad para la separación de la actora del servicio.

1.2.15. Destaca que el Consejo de Estado omitió realizar una valoración probatoria de los hechos y pruebas expuestas durante el proceso ordinario, de lo cual se desprende la vulneración a sus derechos fundamentales, en la medida en que no se tuvo en cuenta la calidad y eficiencia en el cumplimiento de sus obligaciones, así como la no existencia de razones objetivas del servicio que ameritaran la declaratoria de insubsistencia, lo cual

evidencia una desviación del poder en dicho acto.

1.2.16. Cuestiona que la providencia atacada en sede de tutela desconoció por completo el hecho notorio de que el debate se daba en el curso de un proceso de control y vigilancia guiado por la legislación sanitaria, normativa que no se tuvo en cuenta para adoptar la decisión. De esta manera, consideró el Consejo de Estado que las exigencias reiteradas del Director General del INVIMA sobre los datos específicos de afectación a la salud de los productos BIMBO determinados con altas cantidades de ácido sórbico, se daban en el giro ordinario de los negocios de esa entidad, desconociendo que, para casos como el estudiado, dichas exigencias no sólo son sorpresivas sino que además no tienen la potencialidad de desvirtuar los resultados de laboratorio que arrojaron que dichos productos estaban “contaminados” y, que en cumplimiento de las normas sanitarias, se impone la inmediata ejecución de medidas preventivas.

1.2.17. Resalta que, aun cuando el Director de la entidad está facultado para exigir cualquier tipo de explicación a sus funcionarios de acuerdo con sus competencias legales, en esa etapa del procedimiento de control y vigilancia, determinar el impacto en la salud de los consumidores no incide para nada en el deber de cumplimiento de las normas sanitarias, por el contrario, a su parecer, demuestran la reticencia del Director para dar cumplimiento a la normativa vigente.

1.2.18. Insiste en que su desvinculación se debió al desacuerdo del Director General del INVIMA respecto a su conducta, que se dio con fundamento en sus deberes y obligaciones legales y constitucionales en materia sanitaria, lo cual se demuestra fehacientemente con las pruebas mencionadas.

1.2.19. Adiciona que el Consejo de Estado en la decisión cuestionada no apreció los testimonios de su mamá y hermano, los cuales reconoce pueden tener “poca fuerza probatoria por los lazos de consanguineidad”, que dan cuenta de la presión que sufría por parte del Director de la entidad respecto a la forma de llevar los procesos de control y vigilancia. Situación ratificada con el testimonio de un tercero que para la época se desempeñaba como abogado de la entidad.

1.2.20. Considera que todas las pruebas referenciadas demuestran que el retiro del servicio, aunque bien tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, no obedeció

a razones objetivas, como garantía de defensa de la comunidad o por la necesidad de mejorar el servicio, sino que se debió a una conducta de desviación de poder.

1.2.21. Por último, señala que debido a las amenazas recibidas contra su vida, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el INVIMA, quien no brindó ningún tipo de apoyo o manifestó su solidaridad, la llevaron a solicitar asilo político en otro país, debiendo abandonar su profesión, lo que la limita en la obtención de medios de subsistencia.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante Auto del 21 de enero de 2013, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado de la misma a la entidad judicial accionada; de igual manera, ordenó vincular, como tercero interesado en las resultas del proceso al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

1.3.1. El Consejero Ponente de la decisión cuestionada, doctor Gerardo Arenas Monsalve, respondió la acción de la referencia, y solicitó negar las pretensiones elevadas por el accionante, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.1.1. Inicialmente, destacó la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela contra decisiones judiciales, más aún cuando son proferidas por los órganos de cierre jurisdiccional como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

No obstante, reconoció que, en circunstancias particulares, la acción de amparo procede contra providencias judiciales, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedencia y específicos de procedibilidad establecidos en la jurisprudencia constitucional.

1.3.1.2. Frente al caso concreto, precisó que la decisión adoptada en segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la peticionaria, fue producto de un análisis ponderado y razonable, en el que se estudió todos los elementos probatorios obrantes en el plenario, de lo que se pudo concluir que la actuación desplegada por el Director del INVIMA, en relación con el proceso de los productos BIMBO, se dio dentro del giro ordinario de las actividades del funcionario, mas no se trató de una

persecución u hostigamiento, alegado por la accionante.

1.3.1.3. Asimismo, afirmó que dentro del proceso ordinario se determinó la ausencia de cualquier elemento indicativo de que el Director de la entidad hubiese impedido el normal desarrollo de las funciones de la demandante, puesto que ello deviene de la relación de confianza que debe existir en cargos de la naturaleza de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, señaló que la confianza existente entre el Director del INVIMA y la solicitante, se vio afectada por las afirmaciones, sin sustento científico, que ésta realizó durante el proceso de investigación referente a que los productos BIMBO analizados, referentes a que los mismos contenían sustancias cancerígenas que ponían en peligro la vida de los consumidores.

1.3.1.4. Finalmente, se refirió a la prueba testimonial allegada al proceso, que según la accionante no fue debidamente valorada, advirtiendo de la misma que se determinó que el declarante no contó con percepción directa de los hechos y que imputó al Director del INVIMA la posible comisión de conductas punibles sin presentar ningún elemento probatorio que sustentara sus acusaciones.

1.3.2. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, a través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, como tercero interesado en la decisión, contestó la acción de tutela solicitando negar lo pretendido, con fundamento en lo siguiente:

1.3.2.1. Aseguró que la decisión proferida por el Consejo de Estado y cuestionada en sede de tutela no vulneró ningún derecho fundamental de la señora Elizabeth Herrera, pues fue adoptada en derecho en atención a la normativa que regula los cargos de libre nombramiento y remoción.

1.3.2.2. En relación con la alegada vulneración del derecho al no destierro del territorio nacional, indicó que el mismo no tiene ningún vínculo con la decisión adoptada por el Consejo de Estado, es decir, no existe nexo de causalidad entre este derecho y lo decidido en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.3.2.3. Consideró que a la luz de lo establecido en el artículo 74 del Código

de Procedimiento Civil, la actuación de la peticionaria al solicitar por esta vía judicial la protección de derechos fundamentales de esta naturaleza, se torna temeraria o de mala fe, pues abusa del ejercicio de la tutela para formular pretensiones sin sustento alguno.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1.4.1. Declaración apostillada, rendida por la señora Elizabeth Herrera, en la que hace una reseña de su trayectoria profesional y académica, y describe los hechos que considera desencadenaron las amenazas en contra su vida, y la obligaron a solicitar asilo en los Estados Unidos.

1.4.2. Copia apostillada de la aprobación del asilo solicitado por la Señora Elizabeth Herrera Neira, emitida por el Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en la que se le manifiesta a la señora Elizabeth Herrera Neira que le ha sido otorgado el estado de asilada a partir del 4 de agosto de 2003. Igualmente, se le comunica que cuenta con autorización para trabajar en los Estados Unidos en tiempo que permanezca como asilada.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA – SECCIÓN CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante Sentencia proferida el veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013), decidió negar la acción ejercida por la señora Elizabeth Herrera Neira contra la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2.1.1. Luego de verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, determinó que los argumentos presentados por la accionante se dirigen a “persuadir al juez de tutela sobre la correcta interpretación” que debe dársele a las pruebas aportadas, sin que se presenten consideraciones que demuestren que no se valoraron adecuadamente. En este sentido, hizo énfasis en que la jurisprudencia constitucional ha considerado que la simple discrepancia respecto a la valoración probatoria no justifica el ejercicio de la acción de amparo tutelar.

2.1.2. Aseveró que en el caso estudiado la discusión se centra en la discrepancia de la valoración probatoria realizada por el operador judicial, dentro del marco de las características de los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto giran en relación con la confianza y el manejo.

2.1.4. Concluyó arguyendo que el debate planteado no debe ser ventilado ante el juez constitucional, puesto que no es el escenario jurídico adecuado, existiendo, en relación con las posibles amenazas a su integridad personal, las acciones penales correspondientes.

2.2. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La apoderada judicial de la señora Elizabeth Herrera Neira impugnó el fallo de primera instancia, presentando los siguientes argumentos:

2.2.1. Realizó un recuento de todos los hechos y argumentos narrados en la tutela, los cuales considera fueron suficientemente probados en el proceso ordinario y son el fundamento de que la decisión de declararla insubsistente del cargo que ocupaba en el INVIMA se produjo con desviación de poder por parte del Director de la entidad.

2.2.2. Afirmó que contrario a lo expresado por el juez de primera instancia, en la providencia judicial cuestionada sí se configuró un defecto fáctico, pues las pruebas existentes fueron indebidamente valoradas, dándole solamente importancia a la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción.

2.2.3. Argumentó que en un Estado de Derecho no es admisible que, amparado en la circunstancia de tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, se considere legal la insubsistencia de un funcionario, cuando evidentemente se presenta una arbitrariedad y desviación del poder del nominador, más aún cuando se encuentra de por medio la vida e integridad personal de su poderdante y la seguridad sanitaria de la colectividad consumidora de productos con altos contenidos “mórbicos”.

2.2.4. Estimó que la sentencia recurrida no realizó un análisis de fondo de lo pretendido, limitando su estudio a los cargos de libre nombramiento y remoción, tema al que consideró, se le otorga mayor relevancia constitucional que a los derechos fundamentales invocados, avalando que en estos cargos los nominadores puedan declarar insubsistente los

nombramientos sin tener en consideración circunstancias importantes como la salud colectiva de los consumidores de alimentos.

2.3. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA- SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo del veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014), confirmó la decisión del a quo, reiterando las consideraciones expuestas en la sentencia impugnada.

2.3.1. Consideró que lo que se pretende con la acción de tutela presentada es reabrir el debate jurídico y probatorio que ya se surtió ante los jueces ordinarios, lo que deviene en la improcedencia de la acción, puesto que las discrepancias en la valoración probatoria, no constituyen por si solas un defecto predicable de la providencia judicial atacada.

2.3.2. Agregó que examinado el fallo censurado, se encontró que en el mismo se realizó una valoración completa y detallada de las pruebas, incluyendo los testimonios aportados.

3. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

3.2. El expediente contentivo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, fue recibido por el Despacho el 31 de julio de 2014, según constancia Secretarial de esa fecha.

3.3. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Selección 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 los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

3.4. PROBLEMA JURÍDICO

En el asunto de la referencia, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Sección Segunda del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la justicia efectiva, a la igualdad, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a

circular libremente por el territorio nacional y permanecer en él y al no destierro del territorio nacional de la señora Elizabeth Herrera Neira, al revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decretó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales había sido declarada insubsistente del cargo que ocupaba en el INVIMA, por considerar que en los mismos, contrario a lo discurrido por el Tribunal Administrativo, no se había presentado una desviación del poder por parte del funcionario nominador, sino que obedecieron a las características propias de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Frente a lo anterior, alega la accionante que se desconocieron o interpretaron de manera errada las pruebas aportadas al proceso que dan cuenta que su retiro del servicio se debió a una persecución por parte del Director del INVIMA, como consecuencia de sus actuaciones adelantadas en el proceso de investigación de unos productos de la empresa de alimentos BIMBO.

Acorde con los argumentos esgrimidos por la accionante, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional examinará si la decisión proferida por el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, mediante la cual revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, negó las pretensiones de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por la peticionaria, incurrió en un defecto fáctico, al realizar presuntamente una errónea apreciación del material probatorio obrante en el expediente.

Con el fin de solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala estudiará: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, haciendo especial énfasis en el defecto fáctico; 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 caso concreto.

3.4.1. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS

JUDICIALES.

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales es un tema que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que la Sala repasará las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad en un caso concreto.

3.4.1.1. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992, declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales, por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

3.4.1.2. No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, por lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho.

3.4.1.3. A partir de este precedente, la Corte construyó una línea jurisprudencial sobre el tema, y determinó progresivamente los defectos que configuraban una vía de hecho. Por ejemplo, en la sentencia T-231 de 1994, la Corte dijo: “Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”[1]. En casos posteriores, esta Corporación agregó otros tipos de defectos constitutivos de vías de hecho.

En virtud de esta línea jurisprudencial, se ha subrayado que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón a lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Fundamental. Además, se ha indicado que uno de los efectos del principio de

Estado Social de Derecho en el orden normativo está referido a que los jueces, en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.

3.4.1.4. Por un amplio periodo de tiempo, la Corte Constitucional decantó de la anterior manera el concepto de vía de hecho. Posteriormente, un análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacían viable la acción de tutela contra providencias judiciales llevó a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una decisión arbitraria y caprichosa del juez, era más adecuado utilizar el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción que el de vía de hecho.

3.4.1.5. Con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en las sentencias C-590 de 2005[2] y SU-913 de 2009[3], sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Actualmente no “(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)”[4].

De esta forma, la Corte ha distinguido, en primer lugar, unos requisitos de orden procesal de carácter general[5] orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela -requisitos de procedencia- y, en segundo lugar, unos de carácter específico[6], centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas que desconocen derechos fundamentales -causales de procedibilidad.

3.4.2. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

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[7]. 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[8]. 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[9]. 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[10]. 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.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[11]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[12]. 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.”[13]

3.4.3. Requisitos especiales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De igual forma, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedibilidad especiales o materiales del amparo tutelar contra las decisiones judiciales. Estas son:

“...Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, 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.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[14] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. 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.

g. 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.

h. 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[15].

i. 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.”[16]

Siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente conceder la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración de derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio, la tutelante asegura que el Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico, al no valorar adecuadamente las pruebas aportadas al proceso ordinario de nulidad y restablecimiento de derecho, que demostraban, en su opinión, que en los actos

administrativos que declararon su insubsistencia del cargo que ocupaba en el INVIMA provenían de una actuación con desviación del poder por parte del nominador.

Por esta razón, a continuación la Sala analizará en más detalle cuándo se presenta el defecto enunciado.

3.5. DEFECTO FÁCTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

3.5.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2° de nuestra Carta Política, uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es garantizar real y efectivamente los principios y derechos fundamentales. Postulado fundamental cuya garantía compete a todos los jueces de la República dentro de las etapas de cada uno de los procesos judiciales a su cargo.

3.5.2. Ahora bien, la etapa probatoria, desarrollada de acuerdo con los parámetros constitucionales y legales, es un componente fundamental para que el juez adquiera certeza y convicción sobre la realidad de los hechos que originan una determinada controversia, con el fin de llegar a una solución jurídica con base en unos elementos de juicio sólidos, enmarcada, como se dijo, dentro de la Constitución y la ley. La Sentencia C-1270 de 2000 [17] acotó al respecto:

“Parte esencial de dichos procedimientos lo constituye todo lo relativo a la estructura probatoria del proceso, conformada por los medios de prueba admisibles, las oportunidades que tienen los sujetos procesales para pedir pruebas, las atribuciones del juez para decretarlas y practicarlas, la facultad oficiosa para producir pruebas, y las reglas atinentes a su valoración.

(...) Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquel la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el

derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

(...) Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas.”

De conformidad con lo anterior, debe entenderse que el desarrollo del despliegue probatorio debe atender a los parámetros relativos al debido proceso, puesto que de contravenirse este derecho se incurriría en un defecto fáctico, que ha sido entendido por esta Corte como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial y se configura cuando el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”[18]

3.5.3. El análisis del concepto de defecto fáctico fue ampliamente desarrollado, entre otras, en la sentencia T-902 de 2005[19], en la que se estudió el caso de una accionante que solicitaba que se dejara sin efecto una providencia de la justicia administrativa, porque dentro del análisis probatorio se omitió el estudio de dos pruebas fundamentales que de haber sido examinadas, habrían dado otro sentido al fallo. En dicha oportunidad, y acudiendo a la Sentencia de Unificación SU-159 de 2002[20], esta Corporación manifestó que a pesar de que los jueces tienen un amplio margen para valorar el material probatorio, en el cual se debe fundar su decisión y formar libremente su convicción inspirándose en los principios de la sana crítica[21], dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria.

3.5.4. Igualmente, la jurisprudencia constitucional recalca que la afectación a este derecho constitucional fundamental al debido proceso debe ser ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión,

porque la valoración probatoria implica para el juez: “la adopción de criterios objetivos[22], no simplemente supuestos por el juez, racionales[23], es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos[24], esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”[25]

3.5.5. Ahora, en cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos:

3.5.5.1. La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba u omite su valoración[26] y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente[27]. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

3.5.5.2. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.

Con fundamento en las situaciones anteriores, la Sentencia T-902 de 2005[28] realizó el análisis jurisprudencial de los casos que antecederon al mismo y estableció algunos eventos que darían lugar a la interposición de acciones de tutela contra providencias judiciales por configurarse un defecto fáctico. Dichos eventos son[29]:

“El primero, por omisión: sucede cuando sin razón justificada el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece claramente en el proceso. Nótese que esta deficiencia probatoria no sólo se presenta cuando el funcionario sustanciador: i) niega, ignora o no valora arbitrariamente las pruebas debida y oportunamente solicitadas por las partes, sino también cuando, ii) a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas. De hecho, no debe olvidarse que aún en los procesos con tendencia dispositiva, la ley ha autorizado al juez a decretar pruebas de oficio[30] cuando existen aspectos oscuros o dudas razonables que le impiden adoptar una decisión definitiva. Pero, incluso, existen ocasiones en las que la ley le impone

al juez el deber de practicar determinadas pruebas como instrumento válido para percibir la real ocurrencia de un hecho.

A título de ejemplo, “en la sentencia T-949 de 2003, en la cual se encontró que el juez de la causa decidió un asunto penal sin identificar correctamente a la persona sometida al proceso penal, y que además había sido suplantada. La Sala Séptima de Revisión concluyó que correspondía al juez decretar las pruebas pertinentes para identificar al sujeto activo del delito investigado y la falta de ellas constituía un claro defecto fáctico que autorizaba a ordenar al juez competente la modificación de la decisión judicial. En el mismo sentido, la sentencia T-554 de 2003, dejó sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión de una investigación penal sin la práctica de un dictamen de Medicina Legal que se requería para determinar si una menor había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado. Igualmente, en sentencia T-713 de 2005, la Sala Quinta de Revisión declaró la nulidad de una sentencia de segunda instancia porque el juez no se pronunció respecto de la solicitud de práctica de pruebas que el actor había formulado en ese momento procesal.”

Ahora bien, en el mismo pronunciamiento también se explicó que “el defecto fáctico por acción se presenta cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso hay: i) una errada interpretación de ellas, ya sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se examinan de manera incompleta, o ii) cuando las valoró a pesar de que eran ilegales o ineptas, o iii) fueron indebidamente practicadas o recaudadas, de tal forma que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte.”[31]

A este tipo de defectos se refieren sentencias como la T-808 de 2006, por medio de la cual la Sala Tercera de Revisión dejó sin efectos un fallo proferido por un juzgado de familia que otorgó permiso de salida del país a una menor de 18 años, porque valoró de manera incompleta y parcial pruebas determinantes para adoptar la decisión. De igual forma, la sentencia T-1103 de 2004 dejó sin valor jurídico el proceso de interdicción judicial por demencia sin el certificado médico que la acreditara la cual prueba insustituible para el efecto, pero con la valoración de otras pruebas (testimonios y un historial de tratamientos de hospitalización de varios años atrás) que no son relevantes en ese momento procesal.[32]

3.5.6. En consecuencia, corresponderá a los jueces constitucionales examinar, en cada caso concreto, si el error en el juicio de valoración de la prueba es ostensible, flagrante y manifiesto, y tiene una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia.[33]

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

3.6.1. 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”.[34]

3.6.2. 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:

3.6.3. Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994[36], 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.[37] 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[38] 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.”[39]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.”[40]

3.6.4. 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.

3.7. EL ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

3.7.1. 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.[41]

3.7.2. 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.[42]

En consonancia con lo manifestado, la Corte Constitucional en Sentencia SU-205 de 1998[43] 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[44] 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[45]

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.”

3.7.3. 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[46] 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”.

3.7.4. 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.”

3.7.5. 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:

(...) 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[47] 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.”[48] 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.”[49]

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.”[50] 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.”[51]

3.7.6. 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[52]: 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[53]”, 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[54] y 209[55]). 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”. [56]

En la sentencia C-429 de 2001[57] 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”.

3.7.7. 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)”.[58]

3.7.8. 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.

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

3.8.1. 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.[59]

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.”[60] (Negrilla fuera de texto)

3.8.2. 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[61] 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.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente.”. (Negrilla fuera del texto).

3.8.3. 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”.[62] (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”.[63](Negrilla y subrayado fuera de texto).

3.8.4. Así las cosas, tal como se ha expuesto en los capítulos 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

Con base en los fundamentos jurídicos esgrimidos, la Sala Séptima de Revisión pasará a examinar el asunto puesto a su consideración.

4. CASO CONCRETO

4.1. OBSERVACIONES GENERALES.

La señora Elizabeth Herrera Neira, a través de apoderada judicial, formuló acción de tutela contra la Sección Segunda del Consejo de Estado, por considerar que la decisión proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho vulneró sus derechos fundamentales, por cuanto revocó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien en primera instancia, había decretado la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales había sido declarada insubsistente del cargo que ocupaba en el INVIMA. Aseveró que la decisión del Consejo de Estado fue adoptada realizando una errónea apreciación de los medios probatorios obrantes en el expediente.

Explicó que el Consejo de Estado no tuvo en cuenta todas las pruebas aportadas al proceso, las cuales demostraban que la declaratoria de insubsistencia obedecía a razones ajenas al buen servicio de la Administración, puesto que se debía a las diferencias surgidas con el Director de la entidad, frente al manejo de un proceso de investigación de unos productos alimentarios.

En sede de tutela, los jueces de instancia consideraron que la autoridad judicial accionada, en la providencia censurada por esta vía, actuó en atención a la normativa aplicable a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, realizando una interpretación y valoración probatoria razonable. Motivo por el cual, no le asiste razón a la actora sobre la configuración de un defecto fáctico, pues de lo que se trata es de una discrepancia respecto a la valoración probatoria que no da lugar a la vulneración de los derechos fundamentales deprecados.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la providencia proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, incurrió en el defecto alegado por la señora Elizabeth Herrera Neira.

Para atender el problema jurídico expuesto, la Sala examinará dos aspectos centrales a la

luz de las reglas anteriormente señaladas. (i) En primer lugar, establecerá si en el presente caso se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales señalados en la parte motiva de esta providencia; (ii) Posteriormente, si se satisface dicha exigencia, determinará si la entidad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico.

4.2. EN EL PRESENTE CASO SE REÚNEN TODOS LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

4.2.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración es de relevancia constitucional, puesto que la controversia versa sobre la protección de derechos fundamentales de la señora Elizabeth Herrera Neira.

4.2.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

La presente acción de tutela se dirige contra una sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y no contra un fallo de tutela.

4.2.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela

Sobre este punto, es pertinente recordar que esta Corporación ha establecido como requisito de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales el principio de inmediatez, el cual se traduce en el deber de solicitar el amparo constitucional tan pronto como sea posible, atendiendo las particularidades del hecho que genera la violación.[64] Es por ello que, como bien lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia constitucional, no existe un plazo objetivo para la interposición de la acción de tutela[65].

En el presente caso, encuentra la Sala que la decisión del Consejo de Estado atacada es del 8 de agosto de 2012 y la acción de tutela fue presentada el 11 de enero de 2013, es decir, cinco meses después.

Atendiendo lo anterior, la Sala considera que los 5 meses transcurridos entre la fecha de la decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado y el momento de presentación de la

solicitud de amparo, es un término razonable y oportuno que no pugna con el principio de inmediatez.

4.2.4. El tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance.

Frente al requisito de subsidiariedad debe la Sala reiterar, como ya se expuso, que uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela exige que no existan otros medios de defensa judiciales para la protección de los derechos fundamentales cuya lesión se alega, o que existiendo éstos, no sean idóneos o eficaces, o que sea evidente el perjuicio irremediable para el actor, si la acción de tutela se presenta de manera transitoria.

En el asunto bajo estudio, se cumple la condición de la residualidad en cuanto contra la sentencia objeto de estudio no procede recurso judicial alguno. En efecto, contra las decisiones de segunda instancia adoptadas por el Alto Tribunal Administrativo 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.

Así las cosas la Sala observa que la accionante, en lo que respecta a la decisión proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no cuenta con otros mecanismos diferentes a la acción de tutela para hacer valer las referidas circunstancias, por lo que se colige se encuentra satisfecho el requisito del agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

En conclusión, encontramos que el caso que aquí se estudia, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por tal motivo pasará la Sala a revisar si se presenta al menos una de las causales especiales de procedibilidad.

4.3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

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 por la accionante, se incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de 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, y en atención a que la accionante alega la existencia de un defecto fáctico, derivado de la valoración contraevidente de las pruebas expuestas en el proceso, la Sala hará una breve referencia a las pruebas sobre las que la Sección Segunda del Consejo de Estado fundamentó su decisión.

4.3.1. Valoración probatoria realizada en la Sentencia del 8 de agosto de 2012, por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, inicialmente reconoció 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, de acuerdo con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo debe sustentarse en razones de mejoramiento del servicio y no puede fundamentarse en motivos desproporcionados que vulneren los derechos de la persona afectada.

Luego, realizó un recuento de las afirmaciones y pruebas expuestas en el plenario, que señaló la accionante, precedieron la decisión de su retiro del servicio, de la siguiente manera:

(i) Mediante memorando D.G-0100 del 20 de diciembre de 1999, el Director General del INVIMA le solicitó a la demandante que adjuntara información en donde demostrara, como lo había señalado verbalmente, que el ácido sórbico podía ser nocivo para la salud.

(ii) La demandante mediante oficio SABA-400-827 del 20 de diciembre de 1999, dio respuesta a la solicitud realizada, anexando un catálogo de bibliografía al respecto. En el mismo escrito, informó al Director de la entidad que el paso a seguir de acuerdo con la legislación sanitaria era el decomiso del producto y la iniciación del proceso sancionatorio, para lo cual esperaba instrucciones.

(iii) El 21 de diciembre siguiente, el Director General del Invima, mediante memorando D.G-0100 solicita nuevamente la justificación “científicamente sustentada de la razón por la cual el ácido sórbico podría ser cancerígeno en humanos”.

(v) Frente a lo anterior, el Director General del INVIMA, a través de memorando D.G.-0100 del 27 de diciembre de 1999, le manifestó a la señora Herrera Neira que sus requerimientos, contrario a lo afirmado por ella no son iguales, puesto que “son diferentes en su concepto y repercusión la pregunta de si el ácido sórbico es o no una sustancia cancerígena a la pregunta de si el ácido sórbico puede o no causar repercusiones en la salud de los consumidores”.

(vi) El día 12 de enero de 2000, en vista de que el Director General del INVIMA no atendió a la accionante personalmente en su oficina, mediante oficio de esa fecha, puso en conocimiento del funcionario que el día 8 de enero del mismo año recibió en su domicilio un sufragio, y que en consecuencia instauró denuncia penal para que fuera investigado el hecho.

(vii) En la misma fecha, el Director del Invima, mediante memorando D.G.-0100, le solicita a la peticionaria que remita los documentos y resultados de los análisis de POLIAMINAS, así como que procediera a levantar las medidas de la planta de producción de BIMBO y a la destrucción de los productos congelados, de acuerdo con el procedimiento legal establecido.

(viii) La demandante respondió mediante oficio SABA 400-502, que en la planta de producción de BIMBO no se encontraban productos congelados sino decomisados y, que de acuerdo con la instrucción, se procedería a la destrucción de los mismos.

(ix) Finalmente, mediante Resolución No 2496 del 12 de enero de 2000, el Director General del INVIMA declaró insubsistente el nombramiento de la demandante.

Con fundamento en el análisis de las referidas pruebas, concluyó el Consejo de Estado que el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elizabeth Herrera Neira no adoleció del vicio por desviación del poder, en la medida en que el nominador no desbordó los límites de razonabilidad y proporcionalidad que se exige en las relaciones con funcionarios de confianza.

4.3.2. La Sección Segunda del Consejo de Estado NO incurrió en un defecto fáctico por omisión, pues valoró adecuadamente las pruebas obrantes dentro del acervo probatorio del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho puesto a su conocimiento, y en consecuencia, revocó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dejando en firme el acto administrativo demandado.

Tal como se expuso precedentemente, el defecto fáctico por omisión se presenta, entre otras circunstancias, cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso hay una errada interpretación de ellas, ya sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se examinan de manera incompleta.

En el sub examine, la accionante considera que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico en su decisión, al no valorar adecuadamente el material probatorio del expediente, lo que condujo a que adoptara una decisión desfavorable a sus pretensiones.

Ahora bien, previo a entrar a determinar si la autoridad judicial accionada realizó una valoración contraevidente de las pruebas aportadas, es necesario traer a colación las consideraciones esgrimidas en la parte motiva de esta providencia en relación con las características de los cargos de libre nombramiento y remoción, lo cual permite entender si el Consejo de Estado realizó una errónea apreciación de las pruebas ostensible, flagrante y manifiesta

En este sentido, tal 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 este orden de ideas, destaca la Sala de Revisión que contrario a lo afirmado por la accionante, el Consejo de Estado sí realizó una adecuada valoración de las pruebas expuestas por las partes dentro del proceso contencioso administrativo, lo cual se constata con lo siguiente:

Consideró el Alto Tribunal, frente a la manifestación de la señora Elizabeth Herrera Neira de que el cruce de comunicaciones sostenido entre ella y el Director General del INVIMA daban cuenta de una persecución hacia su parte, que los dos requerimientos realizados por el Director de la entidad, obrantes en el expediente, obedecen a situaciones distintas, puesto que en uno, se solicita demostrar el por qué el ácido sórbico resultaba nocivo para la salud, y en el segundo, se solicita sustento científico que permita afirmar que el ácido sórbico podía ser una sustancia cancerígena.

De esta manera, concluyó que el funcionario en mención, en ejercicio de sus funciones, podía solicitarle a la demandante que precisara sus aserciones. Reflexionó igualmente el juzgador que de los distintos memorandos enviados a la demandante no se denota un lenguaje agresivo o tendiente a obstaculizar las laboras de la accionante.

Por otra parte, frente a la amenaza recibida por la demandante, apreció que mediante oficio del 12 de enero de 2000, el INVIMA a través de su Director le solicitó rendir un informe escrito del “incidente de la amenaza recibida por usted, (...) con el fin de surtir los trámites ante las autoridades pertinente. Es conveniente que haga la denuncia ante las autoridades competentes”.

En este orden, coligió que la actuación que se adelantó dentro del proceso BIMBO, lejos de constituir una persecución o un hostigamiento contra la demandante, se enmarca dentro del giro ordinario de las actividades del Director de la entidad, cuya misión es la de proteger y promover la salud de la población, mediante la gestión del riesgo asociado al consumo, por lo que, debía asegurarse de que los productos analizados no revistieran un peligro para la salud, lo cual se evidenció en las solicitudes elevadas a la señora Elizabeth Herrera.

Destacó que debido al cargo ocupado por la actora, el cual pertenece al nivel directivo de la

entidad, se desprende la existencia de una estrecha relación de confianza con el Director, la cual debe reflejarse en una constante y fluida comunicación frente a los asuntos objeto de investigación.

Coligió de las pruebas analizadas, que la relación de confianza existente entre el Director del INVIMA y la funcionaria demandante se vio afectada por la actuación de ésta dentro del proceso de investigación en mención, específicamente el hecho de haber afirmado, sin sustento científico, que dichos productos contenían sustancias cancerígenas que ponían en peligro la vida de los consumidores.

Señaló que se justificó precisamente con el debilitamiento de la relación entre los funcionarios, al no presentarse la confianza requerida para este tipo de cargos, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante.

Finalmente, luego de analizado el testimonio presentado por la señora Herrera Neira al proceso, determinó que el mismo no constituye, por sí solo, prueba suficiente de que el retiro de la actora hubiera obedecido a un fin distinto al servicio. En efecto, indicó que aunque daba cuenta de la existencia de discrepancias entre los funcionarios involucrados en el asunto estudiado, se advirtió que el declarante no contaba con una percepción directa sobre los hechos narrados, siendo un testigo de oídas, lo cual le restaba valor probatorio a sus afirmaciones. Destacando además, que muchas de las aseveraciones realizadas por el declarante se encuentran dirigidas a imputar la posible comisión de conductas punibles al Director del INVIMA, sin que obre en el expediente alguna prueba que sustente lo dicho, motivo por el cual desestimó las afirmaciones realizadas.

En hilo de lo expuesto, consideró que el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elizabeth Herrera Neira no adoleció del vicio por desviación del poder, en la medida en que el nominador no desbordó los límites de razonabilidad y proporcionalidad que se exige en las relaciones con funcionarios de confianza.

De esta manera, en atención a las particulares características que comportan los empleos de libre nombramiento y remoción, y en atención al requisito de la confianza como pilar fundamental de las relaciones, consideró el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que ante la ausencia del mismo era viable la declaratoria de insubsistencia

del nombramiento de la accionante en el cargo de Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA.

Al respecto, la Sala encuentra necesario precisar que el quebrantamiento o deterioro de las relaciones entre los funcionarios, lo cual destaca la accionante como conductas de persecución y hostigamiento, son precisamente el sustento para determinar que efectivamente procedía su retiro del servicio. En este orden, se observa que el análisis probatorio que realizó la Sección Segunda del Consejo de Estado no puede entenderse como arbitrario 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.[66] 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 debe regir en dichos cargos.

Por otra parte, alega la peticionaria la vulneración de sus derechos a circular libremente por el territorio nacional, a permanecer en él y al no destierro del territorio nacional, proveniente, según lo afirma, de las amenazas en contra de su vida, las cuales asocia se originaron a raíz de las circunstancias que antecedieron su declaratoria de insubsistencia y, que posteriormente, la llevaron a solicitar asilo en un país extranjero.

En efecto, encuentra la Sala que dicha circunstancia no puede ser atribuida a la providencia judicial cuestionada, puesto que en nada incide la no declaratoria de nulidad de los actos administrativos que la retiraron del servicio, en los hechos de amenaza contra su vida e integridad personal, puesto que las decisiones proferidas en el curso de procesos de naturaleza administrativa no generan efectos en los derechos alegados por la actora.

Sobre el particular, debe resaltarse que las situaciones de amenaza contra la vida e integridad de las personas deben ponerse en conocimiento de las autoridades judiciales competentes. En el caso estudiado, se observa en el expediente que la accionante presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, de lo cual obra la declaración por ella rendida el día 14 de enero de 2000, sin que se encuentre alguna actuación posterior correspondiente a la fase instructiva o judicial penal de la denuncia presentada.

Igualmente, respecto a lo considerado por el juez de segunda instancia de tutela, en

relación con las afirmaciones expuestas en el curso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por un testigo presentado por la accionante, tendientes a imputar la comisión de conductas punibles por parte del entonces Director del INVIMA, resalta la Sala que, tal como lo advirtió en su momento el fallador, se trata de simples afirmaciones sin sustento probatorio dentro del expediente, por lo que no hay lugar en esta instancia de compulsar copias a las autoridades competentes. No obstante, y tal como se indicó en precedencia, en caso de que la accionante insista en dichas aseveraciones puede acudir ante la jurisdicción penal.

De esta manera, considera la Sala que la peticionaria cuenta con otras instancias judiciales para resolver las situaciones que la ubican en un peligro a amenaza para su vida e integridad personal.

4.4. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que en el presente evento la Sección Segunda del Consejo de Estado en la providencia proferida el 8 de agosto de 2012, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho impetrado por la señora Elizabeth Herrera Neira contra el INVIMA, no incurrió en un defecto fáctico, puesto que valoró todas las pruebas aportadas y les otorgó un valor acorde con las consideraciones legales y jurisprudenciales respecto a los cargos de libre nombramiento y remoción.

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 se indicó en las consideraciones de esta providencia, 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 fue advertida en el caso objeto de estudio, puesto que se realizó una interpretación congruente del material probatorio, que condujo a la conclusión de que las razones del acto de insubsistencia tuvieron como móvil el mejoramiento del servicio.

En hilo de lo dicho, la Sala concluye que la Sección Segunda del Consejo de Estado realizó una adecuada valoración de las pruebas puestas a su conocimiento, las cuales permiten determinar que la declaratoria de insubsistencia de la señora Elizabeth Herrera Neira, estuvo fundada en razones del servicio y no estuvo viciada con desviación de poder. Motivo por el cual, no puede alegarse que haya incurrido en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por error fáctico.

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida el veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014), por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en cuanto negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, la Sentencia proferida el veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014), por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual confirmó el fallo del veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cuanto denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Elizabeth Herrera Neira.

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Corte Constitucional, sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[2] Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[3] Sentencia del 11 de diciembre de 2.009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[4] Sentencia T-774 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[5] Sentencia SU-813 de 2007: Los criterios generales de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que “en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.”

[6] Sentencia T-1240 de 2008: los criterios específicos o defectos aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

[7] Sentencia 173/93.

[8] Sentencia T-504/00.

[9] Sentencia T-315/05

[10] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

[11] Sentencia T-658-98

[12] Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

[13] Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[14] Sentencia T-522/01

[15] Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

[16] Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[17] Sentencia C-1270 de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

[18] Se pueden consultar las siguientes sentencias: T-231 de 1994, T-567 de 1998, T-260 de 1999, M. P., T-488 de 1999, T-814 de 1999, SU-159 de 2002, T-408 de 2002, T-550 y T-901 de 2002, T-054 de 2003, T-359 de 2003, T-382 de 2003, T-509 de 2003, T-554 de 2003, T-589 de 2003, T-923 de 2004, T-902 de 2005, T-1285 de 2005, T-171 de 2006, T-458 de 2007, T-916 de 2008, entre otras.

[19] Sentencia T-902 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[20] Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[21] Sentencia T-949 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett

[22] Cfr. sentencia SU-1300 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[23] Cfr. sentencia T-442 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

[24] Cfr. sentencia T-538 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[25] Cfr. Sentencia SU-159-2002, M. P. Manuel José Cepeda.

[26] Cfr. sentencia T-239 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[27] Sentencia T-576 de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

[28] Sentencia T-902 de 2005 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

[29] Sentencia T-417 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[30] Los artículos 180 del Código de Procedimiento Civil, 54 del Código Procesal del Trabajo y 169 del Código Contencioso Administrativo autorizan la práctica de pruebas de oficio. Obviamente esta facultad dependerá de la autorización legal para el efecto, pues en el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, según el cual el juez penal de conocimiento no puede decretar pruebas de oficio en la etapa de juzgamiento, no es posible exigirle al juez algo distinto a lo expresamente permitido. En este aspecto, puede verse la sentencia C-396 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[31] *Ibídem*.

[32] *Ibídem*

[33] Sentencia T-442 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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

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

[36] M.P. José Gregorio Hernández.

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

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

[39] 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.

[41] Art. 125 Constitucional.

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

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

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

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

[46] 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.

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

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

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

[50] Sentencia T-222 de 2005.

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

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

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

[54] 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.

[55] El artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera

igualitaria e imparcial.

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

[57] M.P. Jaime Araújo Rentería

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

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

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

[61] 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.

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

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

[64] Sentencias T-680 de 2010, T-607 de 2008, T-825 de 2007, T-1009 de 2006, T-403 de 2005 y T-1089 de 2004, entre muchas otras.

[66] 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.