



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

Santa Marta, Veintiocho (28) de Agosto de Dos Mil Veinte
(2020).

Rad. T. 20.00179.01

Procede esta instancia judicial a emitir pronunciamiento frente a la IMPUGNACIÓN planteada contra el fallo proferido por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad dentro de la acción de tutela que presentó JESÚS ANTONIO LOBELO ORTEGA contra CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA.

ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

JESÚS ANTONIO LOBELO ORTEGA, actuando por conducto de apoderado, interpone acción de tutela a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y a la dignidad humana, los que presuntamente resultaran vulnerados por la entidad accionada, dentro del siguiente marco de circunstancias fácticas:

Relata el actor que laboró en la Contraloría General del Departamento del Magdalena, desde el 22 de febrero de 2008 hasta el 9 de enero del presente año; siendo su último cargo el de Jefe de la Oficina de Control Interno Código 006 Grado

01 del cual fue nombrado mediante Resolución No. 084 de abril 15 de 2011; y posesionado el 18 de abril de 2011.

Indica que a través de la Resolución CON 100 22-012 adiada enero 9 de esta anualidad, el Contralor General del Departamento del Magdalena (E), lo declaró insubsistente del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Código 006 Grado 01, basando esa decisión en los principios de discrecionalidad del nominador ya que dicho cargo es de libre nombramiento y remoción.

Señala que tiene a su cargo a su madre, quien tiene 81 años de edad, y padece hace varios años de Cáncer, la cual depende económicamente del actor, adicionalmente explica que por su edad (59 años) le es muy difícil conseguir un empleo.

Por tal razón solicita el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y a la dignidad humana y en consecuencia se ordene a la accionada su reintegro, así como el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir por el actor.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y SU IMPUGNACIÓN

El despacho al que le correspondió el conocimiento en primera instancia la admitió, y ordenó vincular a ARMANDO VARELA CEPEDA, quien pasó a ocupar el cargo del que fuera desligado el actor.

La CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA manifiesta que el cargo que desempeñaba el tutelante es de libre nombramiento y remoción, y la Administración es libre para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y confianza dentro

de la entidad pública, razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera o de provisionalidad.

Por otra parte, el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA expresó que en el presente asunto hay falta de legitimación en la causa por cuanto no corresponde a dicho ente territorial entrar a resolver de fondo lo peticionado por el accionante, estima que es la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA la que está llamada a responder por ser la autoridad que profirió el acto administrativo objeto de controversia. Añade que el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por el tutelante es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso -CPACA-, pues permite cuestionar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente el cargo del accionante, con plena garantía del debido proceso.

Así mismo, la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA contestó la presente acción indicando que la acción de tutela solo sería procedente en este caso si el afectado no contara con otro medio de defensa. Con relación a lo anterior, expresa que recibió en sus dependencias solicitud de revocatoria directa del fallo de responsabilidad fiscal de radicado 425, proferido por la Contraloría Auxiliar para las investigaciones elevadas por el apoderado del accionante, e indica que la misma se encuentra aún en trámite, por lo que solicita se declare la improcedencia del amparo dado que no se han agotado los mecanismos de defensa establecidos por la ley.

Posteriormente, el actor presentó escrito en el que cuestionaba los argumentos señalados por la accionada, indicando que no se tuvieron en cuenta criterios legales y

jurisprudenciales para el ejercicio de la discrecionalidad en el acto que determinó su desvinculación.

El trámite culminó al proferirse el respectivo fallo, donde se resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales deprecados por no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable y no haberse agotado los mecanismos ordinarios de defensa.

Inconforme con la decisión, el accionante impugnó el fallo de primera instancia expresando que la accionada excedió los límites de la facultad discrecional, así mismo, señaló que no fueron tenidas en cuenta las manifestaciones frente al estado de salud del actor y de su madre a quien tiene a cargo. Finalmente, indicó que en el presente asunto el medio ordinario de defensa resulta inocuo para la defensa de sus intereses.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Es factible recordar que la tutela es considerada como un mecanismo constitucional concebido para la defensa de los derechos fundamentales, ante la violación o vulneración de los mismos por parte de las autoridades públicas o incluso de particulares que ejerciten tales funciones, el mismo encuentra asidero jurídico legal en la Carta Magna en su artículo 86, siendo de igual forma reglamentado en su integridad por el legislador bajo los preceptos del Decreto 2591 de 1991, indicando las pautas propias para su veraz ejercicio.

No debe olvidarse que la acción constitucional de amparo tiene un carácter residual, y por consiguiente no puede hacerse uso de tal mecanismo siempre que exista otro medio por el cual hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, a menos que en buena cuenta sea utilizado el mismo de forma transitoria ante la eventual vulneración de uno de los señalados que cause un perjuicio manifiestamente irremediable.

En el presente caso, precisamente, el actor, acude a esta vía constitucional, frente a la Contraloría Departamental, a quien le endilga vulneración o amenaza de los derechos fundamentales al trabajo, del debido proceso y al acceso al desempeño de funciones públicas. La queja del accionante va encaminada al que fuera declarado insubsistente desconociendo preceptos legales que justifiquen esa actuación, es decir su desvinculación fue producto de un abuso en el ejercicio de la potestad discrecional. y por ello solicita que se le reintegre y se le cancelen los sueldos dejados de pagar.

El argumento central para reclamar protección tutelar, lo constituye el que, al haber sido desvinculado de su cargo, por ser de libre nombramiento y remoción, con fundamento en la discrecionalidad con que contaba el nominador para designar en dichos cargos, desconociendo que el ejercicio de esa facultad debe moverse entre criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Agregando que a esa edad no puede conseguir otro trabajo y que depende de sus ingresos para su subsistencia, como los de su madre. La CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA, por su parte alega que la acción de tutela no es el medio idóneo para controvertir las decisiones que son objeto de censura por parte del extremo accionante.

Esta funcionaria ha manifestado en diversas decisiones que antes de proceder a realizar el estudio de vulneración de los derechos alegados por el actor, o que el funcionario judicial encuentre amenazados o trasgredidos; y en esta ocasión no puede ser la excepción, porque no podemos perder de vista que tal desvinculación se produce a través de unos actos administrativos que así lo ordenan, lo que implica *prima facie* que no es la tutela el mecanismo idóneo para la protección de los derechos reclamados, dado que, al tratarse de actos administrativos de contenido particular y concreto, las controversias que se susciten contra estos han de ser ventiladas ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha previsto una serie de circunstancias que excepcionalmente hacen procedente el ejercicio de la acción de amparo constitucional, máxime cuando lo que se debate es el derecho al trabajo de

quien reclama. En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha previsto¹:

“Por regla general, este Tribunal ha sostenido que no procede la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular con el fin de solicitar el reintegro a un cargo público, puesto que existen medios judiciales alternativos, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en lo contencioso administrativo.

61. A pesar de esta regla general, la Corte ha sostenido que excepcionalmente la acción de tutela procede contra actos administrativos cuya finalidad sea solicitar el reintegro del cargo (i) como mecanismo directo cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o inidóneo para proteger los derechos del accionante, máxime si el retiro del trabajo tiene como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital que exija un amparo preferente y definitivo o (ii) como mecanismo transitorio cuando exista la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables.

62. Así, por ejemplo, si el accionante cuenta con los suficientes recursos económicos para vivir sin que se afecte su mínimo vital, la acción de tutela no es procedente; contrario sensu, si se acredita una afectación a su mínimo vital, la tutela será el mecanismo más adecuado para proteger sus derechos. De igual manera, si el juez aprecia que la situación a la cual se ve expuesto el accionante como consecuencia de su desvinculación del cargo es precaria y puede afectar otros derechos fundamentales, también procede la tutela.”

Lo anterior deviene en la necesidad de garantizar la estabilidad de las decisiones tomadas por autoridad competente en ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales, de tal suerte, que se haga imperativo controvertir su contenido únicamente por los mecanismos que el legislador ha establecido para tal fin, dejando la acción de tutela como un mecanismo residual, procedente únicamente en circunstancias especiales donde la actuación objeto de censura vaya en contravía del ordenamiento constitucional.

En ese sentido, se espera de quien acude a la acción de tutela por lo antes descrito haya agotado en primera medida los medios de defensa ordinarios previstos por la constitución y

¹ Sentencia T-360 de 2017; M.P. Alejandro Linares Cantillo.

la ley, pues de no ser así, el amparo constitucional entraría a sustituir tales herramientas en plena contradicción con las intenciones del constituyente. Así las cosas, al tratarse de derechos laborales de servidores públicos, como es el caso del actor, estos han de acudir en primera medida ante la jurisdicción contencioso administrativa, que es la competente para conocer de la materia, empero, al invocarse la vulneración de garantías fundamentales, ello implica la intervención del juez de tutela sin que ello comporte *per se* una extralimitación de funciones ni mucho menos un prejuzgamiento.

Ahora bien, no se puede olvidar que en este caso la acción de tutela interpuesta por los accionantes contra los actos administrativos que decretaron su retiro del servicio busca que se ordene el reintegro de estos a la institución accionada, sin embargo, la misma jurisprudencia de la Corte ha señalado los casos en los que es procedente reclamar reintegro por vía de amparo constitucional²:

“La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que por regla general la tutela no es procedente para solicitar el reintegro laboral de un empleado, ya que el ordenamiento jurídico ofrece a los trabajadores, acciones judiciales para satisfacer esta pretensión, tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la contenciosa administrativa. No obstante, la anterior regla tiene su excepción en aquellos casos en que el afectado se encuentre en una condición de debilidad manifiesta y, que en virtud de ello, se considere sujeto constitucionalmente protegido con una estabilidad laboral reforzada, por ejemplo: las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores discapacitados y los que padecen alguna limitación en su estado de salud.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad consiste en el derecho a conservar el empleo, a no ser despedido en razón de la situación de debilidad, permanecer en el cargo hasta que sea necesario y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo, o, a que la autoridad laboral competente autorice el despido previa verificación de la estructuración de la causal mencionada, la cual no debe estar relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador.”

² Sentencia T-076 de 2017; M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

De tal manera que bajo esa óptica no alcanza a sobrepasar el umbral de procedibilidad, para emprender el estudio, pero otro aspecto que debemos revisar es el concerniente a la naturaleza del cargo: “*libre nombramiento y remoción*”, el que según el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968

ARTICULO 26. 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 no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Esta norma fue objeto de análisis por parte la Corte Constitucional en una situación fáctica distinta a la que ahora nos ocupa, pues se trataba de un magistrado auxiliar de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, que venía presentando problemas de salud, desde antes de ser desvinculado y que lo llevó a considerarlo como una persona con capacidad disminuida, en la Sent. T- 372 de 2012, con ponencia de la fina pluma del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, quien señalando en consideración a la facultad discrecional que en esa norma le permite al nominador desvincular al empleado de libre nombramiento y remoción, tenía límites constitucionales delineados en las siguientes subreglas:

- i) Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente.*
- ii) Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. Esta Corte ha manifestado que “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”*
- iii) La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan. De esta manera, “el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa”.*

Y es precisamente la aplicación de este precedente el que reclama el actor, pues, aunque no cuestiona que el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno era un cargo de libre nombramiento y remoción, si cuestiona el ejercicio de la potestad discrecional. Pero tal como lo menciona el ente accionado, el alto Tribunal Constitucional, ha proferido una decisión de unificación la Sent, 003 de 2018:

*Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada. Para efectos de fundamentar esta **primera regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la normativa que regula esta categoría especial de servidores públicos, a su delimitación cuando ejercen función administrativa y a las razones relevantes para su justificación.”*

Y llego a esa determinación a través de criterios de unificación jurisprudencial:

***Primer criterio**, son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” (literal a) o, como los denomina el literal siguiente, “los altos funcionarios del Estado”. Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central^[47] y descentralizada^[48] del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial^[49], y en la administración descentralizada del nivel territorial.*

***Segundo criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos” (literal b). Esta categoría incluye aquellos empleos de “especial confianza” que se encuentran “adscritos” a los despachos de algunos de los órganos que integran la primera categoría (“los altos funcionarios del Estado”) en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Esta categoría, además, incluye, en la Administración Central del Nivel Nacional, algunos empleos adscritos a los despachos de algunos servidores públicos de los órganos de seguridad (Policía Nacional y Fuerzas Militares), “en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional”; los empleos del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la colombiana y al personal de apoyo en el exterior adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores; y, finalmente, en el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992^[51].*

Tercer criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado” (literal c).

Cuarto criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos” (literal d).

Quinto criterio, “los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales” (literal e).

Sexto criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera” (literal f).

A juicio de esta funcionaria, esta jurisprudencia unificadora, no revoca la antes citada del año 2012, sino que la complementa, pues cuando un cargo no encuadre en alguno de estos criterios, no será realmente un cargo de libre nombramiento y denominación, y por tanto estarán presentes los límites constitucionales de la discrecionalidad.

Siguiendo estos parámetros el cargo del que fue declarado insubsistente, es el de Jefe de la Oficina de Control Interno, el cual, dentro de la estructura de la organización, expuesta en el organigrama en la página web³ de la organización corresponde al segundo nivel, según se puede observar.



³ <https://www.contraloriadelmagdalena.gov.co/estructura-organica/>

De tal manera que según el primer criterio es un verdadero cargo de libre nombramiento, porque dentro de la dependencia departamental es uno de los altos cargos, y en todo caso se trata de una Jefatura, que está al servicio directo e inmediato de la máxima autoridad de la entidad.

Así las cosas, dadas las características del servicio prestado por el actor a la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA, dicha función discrecional frente a la desvinculación de su personal en cargos de libre nombramiento y remoción no implica un acto de arbitrariedad, pues aún en este caso tal facultad ha de estar motivada. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, no corresponde a esta funcionaria examinar el fondo de las decisiones controvertidas, pues el legislador ha previsto el escenario jurídico procesal donde estas han de ser ventiladas, de tal suerte que solo en el evento de producirse la vulneración de una o más garantías iusfundamentales es cuando el amparo constitucional cobra plena relevancia y deviene en procedente, situación que no sucede en el caso *sub júdice* donde no se encuentra probado que hayan sido conculcados los derechos del accionante.

En ese orden de ideas, cabe resaltar que las circunstancias alegadas por el actor como demostrativas de un perjuicio irremediable no fueron probadas en la primera instancia, sin embargo, se allega a este trámite copias de historia clínica de la madre del actor, no obstante, del análisis de las mismas se avizora que la atención más reciente es del año 2018, sin indicar si se ha seguido o no con algún tratamiento en virtud de la patología. Tal situación, si bien permite concluir la existencia de un perjuicio irremediable o una amenaza inminente, habida cuenta que no se da razón de que las condiciones que se pretenden acreditar con las pruebas allegadas a esta instancia aun subsistan lo que hace imprósperas las pretensiones del presente medio de amparo constitucional, y en consecuencia se confirmará el fallo venido en alzada.

En mérito de lo que ha sido considerado, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo dictado el 28 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Santa Marta, dentro de la acción constitucional impetrada por JESÚS ANTONIO LOBELO ORTEGA contra CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA, por las razones esgrimidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes y al funcionario de primera instancia, por el medio más expedito posible. Remítase copia del presente fallo al juez de primera instancia.

TERCERO: Envíese el presente fallo junto con el expediente del que hace parte a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.



MÓNICA GRACIAS CORONADO
Jueza.

