COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/494/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/494/10
Expediente	—
Fecha	2010-05-03
Sala	Sala las
Magistrado ponente	Dr JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Reten Social A Prepensionados
- Accion De Tutela Contra Acto Administrativo De Desvinculacion
- Accion De Tutela

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La procedencia excepcional de la acción cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las

Texto completo

T-494-10 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-494/10 RETEN SOCIAL -Protección especial a trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta/ RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS- Reiteración de jurisprudencia sobre su aplicación y alcance ACCION DE TUTELA- Procedencia para evitar perjuicio irremediable Frente a la procedencia excepcional de la acción cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION- Falta de motivación no vulnera derechos fundamentales en cargos de libre nombramiento y remoción En principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales de desvincula a una persona de su cargo deben motivarse. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados. 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.

ACCION DE TUTELA -Improcedencia por cuanto los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan motivación La acción de tutela, en principio, no es el mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona de su cargo, ni para obtener el reintegro al mismo, pues para ello existen otras vías judiciales. Aunado, al hecho de que el cargo ocupado por el peticionario es de libre nombramiento y remoción, lo que deviene en que su nominador, puede en cualquier momento ejercer su facultad discrecional y prescindir del cargo. En conclusión, para la Sala las decisiones de instancia que negaron el amparo constitucional se estiman acertadas y habrán de confirmarse, pues, como se expresó en el acápite anterior, la acción de tutela es improcedente respecto de las pretensiones de origen laboral, máxime cuando se trata de la insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales no requieren de motivación.

Referencia: expediente T- 2.540.592 Acción de Tutela instaurada por Oscar Antonio Aristizabal Castaño en contra de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010) La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional , conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto 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 quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la cual confirmó la Sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil nueve (2009) del Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, en cuanto denegó la tutela incoada por el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño en contra de la Superintendencia de Puertos y Transporte .

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 Dos de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente. 1.1 SOLICITUD El señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño, a través de apoderado judicial, solicita al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la educación de sus hijos, al debido proceso, a la seguridad social y a la salud, presuntamente vulnerados por la Superintendencia de Puertos y Transporte, al declarar insubsistente su nombramiento como asesor de despacho grado 11 sin tener en cuenta que se encontraba incluido dentro del retén social, faltándole menos de tres años para obtener la pensión de jubilación.

Sustenta su solicitud en los siguientes: 1.1.1. Hechos y argumentos de derecho 1.1.1.1. Indica el peticionario haberse vinculado a la planta de personal de la Superintendencia de Puertos y Transporte desde el 12 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Asesor de Despacho Código 1020 Grado 11.

1.1.1.2. Refiere que el 19 de mayo de 2009 fue citado al despacho de la Superintendente quien verbalmente le solicitó que presentara su renuncia, petición a la que no accedió pues estaba próximo a jubilarse, encontrándose incluido dentro del retén social y adicionalmente, su desvinculación implicaría un desmedro de sus derechos y los de su familia, situación que puso de presente a la accionada mediante escrito con fecha del 30 de mayo de 2009.

1.1.1.3. Aduce que a partir de ese momento fue degradado al cargo de auxiliar de servicio administrativo en la sección de archivo de la entidad, lo cual no sólo le generó perjuicios en su salud física sino que afectó su estado emocional y el de

su familia.

1.1.1.4. Señala haber cumplido con las nuevas funciones asignadas, dado que se encontraba en espera de cumplir el tiempo para acceder a su pensión de jubilación y de un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre la pretensión del reconocimiento de una prima técnica de gran incidencia en su salario.

1.1.1.5. Agrega que mediante resolución No. 009124 expedida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, fue declarado insubsistente su nombramiento como Asesor Código 1020 Grado 11, quedando de esta manera desprovisto del sustento diario y de la seguridad social para su familia.

1.1.1.6. Manifiesta encontrarse frente a un perjuicio irremediable en la medida que el único ingreso de su familia lo constituye el salario percibido por su trabajo, siendo ostensiblemente difícil la oportunidad de vincularse a otra actividad en razón a su edad.

1.1.1.7. Por lo anterior, solicita al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, ordenar a la Superintendencia de Puertos y Transporte dejar sin efectos la resolución No. 009124 de 2009 y de manera transitoria ordenar su reintegro al cargo que desempañaba o a uno de mayor jerarquía, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá procedió a admitirla y ordenó correr traslado de la misma a la Superintendencia de Puertos y Transporte.

La Superintendencia de Puertos y Transporte una vez notificada se opuso a las pretensiones elevadas por el accionante. Arguyó que el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante goza de presunción de legalidad, la cual debe desvirtuarse mediante la acción contenciosa correspondiente, no siendo apropiado para ello utilizar la acción de tutela que ostenta un carácter subsidiario.

Expuso que de conformidad con los diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como el peticionario, pueden ser retirados del cargo mediante la declaratoria de insubsistencia que obedece a la facultad discrecional del nominador sin que se exija su motivación.

Advirtió que no puede hablarse de retén social en la medida en que éste fue instituido en la Ley 790 de 2002 como una figura orientada a brindar estabilidad laboral a aquellas personas que con unas condiciones particulares se encontraran próximas a pensionarse y, vinculadas a entidades de la administración pública que afronten programas de renovación, circunstancia ésta que no se presenta en la entidad demandada, sumado al hecho de que el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño no reúne los requisitos estipulados en la mencionada ley para ser beneficiario del retén social.

Concluyó afirmando que no se encuentra demostrado por parte del actor la existencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual, solicitó al juez de tutela declarar la improcedencia de la acción ante un hecho no demostrado.

1.3. PRUEBAS DOCUMENTALES Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos: 1.3.1. Copia del memorando dirigido a la Superintendente de Puertos y Transporte, mediante el cual el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño solicita no ser desvinculado de la entidad, toda vez que se encuentra tramitando su pensión de jubilación y está incluido dentro del retén social.

1.3.2. Copia del memorando 01.511 de 2009 suscrito por la señora Haydee Cañizares Madariaga, Superintendente de Puertos y Transporte, el cual contesta el memorando presentado por el peticionario, aclarando que en la entidad no se aplica la figura del retén social y que dada su condición de empleado de libre nombramiento y remoción, su permanencia en la Institución depende en forma exclusiva de las necesidades del servicio.

1.3.3. Copia de la resolución No. 009124 de 2009, en la que se declara insubsistente el nombramiento del señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño como Asesor Código 1020 Grado 11 del Despacho del Superintendente de Puertos y Transporte.

1.3.4. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño. 1.3.5. Certificación laboral expedida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, en donde se enumeran las funciones desempeñadas por el demandante.

1.3.6. Constancia expedida por el Colegio Los Almendros de Envigado, donde se indica que Luis Fernando Aristizabal Sánchez, hijo del accionante, paga por concepto de pensión la suma de doscientos sesenta y siete mil pesos mensuales ($267.000).

1.3.7. Recibo de pago expedido por la Universidad EAFIT, por concepto de matrícula del joven Oscar Alonso Aristizabal Sánchez, hijo del accionante, correspondiente a cuatro millones quinientos once mil quinientos cuarenta y siete pesos ($4.511.547).

1.3.8. Copia de los recibos de servicio público a cargo del accionante. 1.3.9. Copia de la solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, realizada por el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño al Instituto del Seguro Social radicada con fecha del 24 de noviembre de 2005, en la cual manifiesta estar amparado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 2.

DECISIONES JUDICIALES 2.1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA – JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. En Sentencia proferida el tres (3) de noviembre de dos mil nueve (2009), el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá negó la solicitud de amparo de los derechos invocados por el tutelante.

El a quo consideró que el accionante cuenta con otro mecanismo idóneo en la jurisdicción ordinaria, tendiente a dejar sin efectos el acto administrativo mediante el cual fue declarado insubsistente su nombramiento.

Por otro lado, consideró que si bien el actor aportó copias que acreditan el pago de servicios públicos y recibos de matricula de sus hijos no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que legitime la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

2.2. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA El apoderado del señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño impugnó la decisión con fundamento en lo siguiente:

Precisó que aunque existe el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa para solicitar la nulidad del acto mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento, dicho proceso es dispendioso y sobrepasa en muchas ocasiones los cinco años de duración, tiempo en el cual su familia quedaría sin ningún tipo de ingreso económico y carente de protección social, circunstancia que justifica la procedencia de la acción de tutela ante la configuración de un perjuicio irremediable.

Explicó cómo se ve afectado el mínimo vital al ser su salario el único ingreso de su familia, a lo cual se añade el hecho de ser una persona de la tercera edad lo que hace difícil obtener otro trabajo.

2.3. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA – SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. La Sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la sentencia de primera instancia al no encontrar vulnerado ningún derecho fundamental del peticionario.

El Tribunal centró su estudio en establecer la procedencia de la acción como mecanismo transitorio, para ello recordó lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia T-255 de 1993 en relación con el perjuicio irremediable, el cual además

de ser grave e inminente sólo puede ser evitado por una medida precautelativa urgente.

En este sentido, aseveró que no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, puesto que el accionante no está en peligro grave e inminente y, adicionalmente, cuenta con la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria para solicitar la nulidad del acto y obtener el restablecimiento de su derecho.

Estimó el ad quem que con la actuación desplegada por la entidad accionada no se vulneraron derechos fundamentales del peticionario, en la medida en que era un empleado de libre nombramiento y remoción respecto del cual la administración tenía la potestad de declararlo insubsistente. Añadió que el hecho de que el accionante se encuentre en espera del reconocimiento de su pensión no lo convierte en inamovible, más aún cuando según solicitad elevada ante el Seguro Social, el 24 de noviembre de 2005, el actor manifiesta haber cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de conformidad con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalizó, señalando que no se comprobó la afectación al mínimo vital del señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño, razón por la cual, es improcedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa.

3. ACTUACIONES DE LA SALA DE REVISIÓN Mediante auto del tres (3) de mayo de 2010, la Sala Séptima de Revisión solicitó al Instituto del Seguro Social, informar:

i) En qué fecha el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, ii) Si se le dio respuesta a la solicitud elevada por el actor, iii) Cuál es la situación actual del trámite del reconocimiento de la pensión del señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño, iv) Si el señor Oscar Antonio Aristizabal ha realizado algún otro trámite tendiente al reconocimiento y pago de su pensión.

Igualmente y con la finalidad de determinar la configuración de un perjuicio irremediable, se solicitó al Ministerio de la Protección Social, informar:

i) Si el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño se encuentra afiliado al régimen de seguridad social en salud, ii) En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, en que E.P.S se encuentra afiliado y si cotiza como independiente o dependiente, iii) Cuál es el ingreso base de cotización, iv) Si el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño se encuentra afiliado a algún plan complementario de salud.

Vencido el término probatorio, no se recibió comunicación alguna por parte del Instituto del Seguro Social. Por otra parte, el Ministerio de la protección Social mediante oficio de fecha 10 de mayo de 2010, dio respuesta a los interrogantes planteados en el referido auto, en los siguientes términos:

i) Si el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño se encuentra afiliado al régimen de seguridad social en salud, R/. Si ii) En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, en que E.P.S se encuentra afiliado y si cotiza como independiente o dependiente, R/.

Efectuada la búsqueda en la base de Datos Única de Afiliados (BDUA) del FOSYGA (www.fosyga.gov.co) para la cédula No. 6.787.932, se encontró la siguiente información:

Tipo Identificación: CC Numero Identificación 6787932 Nombres: OSCAR ANTONIO Apellidos: ARISTIZABAL CASTAÑO Fecha de nacimiento (dd/mm/aaaa):

//**** Departamento: ANTIOQUIA Municipio: MEDELLIN Así las cosas el señor OSCAR ANTONIO ARISTIZABAL se encuentra ACTIVO en la EPS SURAMERICA con tipo de cotización independiente.

iii) Cuál es el ingreso base de cotización, R/. El señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño, para el mes de marzo de 2010 presentaba un ingreso base cotización por valor de 515.000 (quinientos quince mil pesos m/cte).

iv) Si el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño se encuentra afiliado a algún plan complementario de salud, R/. Si, el señor Oscar Antonio se encuentra ACTIVO en SURAMERICANA MEDICINA PREPAGADA.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE 4.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional , en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, corresponderá a esta Sala de Revisión determinar si la Superintendencia de Puertos y Transporte vulneró los derechos fundamentales invocados por el tutelante, al declarar insubsistente su nombramiento sin tener en cuenta que se encontraba próximo a obtener su pensión de jubilación y que alega ser beneficiario del retén social.

Para resolver el problema jurídico la Sala examinará: primero, el concepto de retén social y la condición de prepensionado; segundo, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para prevenir un perjuicio irremediable y;

tercero, ¿Si la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a una persona que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción vulnera sus derechos fundamentales? 4.2.1.

Verificación de la aplicación del reten social y la condición de prepensionado en el caso objeto de revisión. Con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, en un marco de preservación de la sostenibilidad financiera de la Nación, el legislador mediante la expedición de la Ley 790 de 2002, estableció una serie de disposiciones tendientes a renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional.

A su vez, y en vista de que el proceso de renovación implicaría necesariamente la eliminación de ciertas entidades estatales, el artículo 12 de la citada Ley estableció una protección especial a favor de aquellas personas que cumplieran unas condiciones especiales de vulnerabilidad. De esta manera, se creó el retén social como un mecanismo que impedía desvincular durante la reestructuración de las entidades a i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de dicha ley.

[1] Esta Corporación en sentencia C-1039 de 2003, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra analizó la figura del reten social y al respecto señaló:

El objeto de la ley 790 de 2002, es renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar un adecuado cumplimiento de los fines del Estado. En desarrollo de este objetivo, el capitulo II de esta ley establece una protección especial con el fin de que no puedan ser retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. En general, la protección que contempla la disposición mencionada tiene por finalidad la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana.

Ahora, en relación con las personas que se encuentran próximas a pensionarse o prepensionados, la Corte ha establecido: (…) el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó, a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho. Así, mediante el artículo citado, el legislador garantizó la preservación de un derecho en vías de adquisición, no de una mera expectativa, pues las

personas que en menos de tres años adquirirían el derecho a pensionarse configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

Bajo este entendido, concluye la Sala que la Ley 790 de 2002 en el marco del Programa de renovación de la administración pública del orden nacional autorizó la liquidación y fusión de entidades y la eliminación de cargos en entidades públicas lo cual generó la terminación de contratos laborales. Empero, a su vez, creó un programa de estabilidad laboral para personas cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse, entendiéndose este último grupo como, aquellas personas trabajadoras de entidades estatales en proceso de liquidación, dentro de los programas de renovación de la administración pública, a quienes les falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión, creándose a favor de ellos un régimen de transición con la finalidad de evitar su desvinculación, teniendo en cuenta la proximidad de adquirir su derecho.

4.2.2. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo para prevenir un perjuicio irremediable. El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

[2] De lo anterior se colige, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.

Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber; primero, que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos , esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso [3] y; segundo, que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable .

Ahora bien, frente a la procedencia excepcional de la acción cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave , desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención , en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.

[4] En virtud del referido carácter subsidiario de esta acción es deber de los jueces verificar el cumplimiento de estos requisitos de manera estricta. No obstante, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela deberá efectuarse con un criterio más amplio, en virtud de la naturaleza de las personas que solicitan el amparo, es decir, cuando quien interpone la acción es un sujeto de especial protección constitucional, entre los que se encuentran los niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema.

Bajo este supuesto, podría catalogarse al accionante como sujeto de especial protección constitucional, en razón a que es considerado persona de la tercera edad, al tener 60 años [5] .

Empero, acorde con los referentes jurisprudenciales expuestos, no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, tal como se analizará en el desarrollo del caso concreto.

4.2.3. La falta de motivación del acto administrativo que desvincula a una persona que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción no vulnera sus derechos fundamentales.

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… En esta medida, la motivación de los actos administrativos es una expresión y garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, pues así se evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.

En consonancia, la Corte Constitucional en Sentencia SU-205 de 1998 [6] 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 Gordill o [7] 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 genera l [8] 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.

En efecto, en principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales de desvincula a una persona de su cargo deben motivarse. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación [9] ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

A su vez, el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, que es precisamente el que permite la declaratoria de insubsistencia, establece: El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora , sin motivar la providencia . Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Por lo anterior, la Corte ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló: (…)la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, "pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

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

En 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.

5. CASO CONCRETO Tal como se advirtió, el problema jurídico se circunscribe a establecer si la Superintendencia de Puertos y Transporte, vulneró los derechos fundamentales del actor, al desvincularlo de la entidad, sin tener en cuenta que éste afirma ser beneficiario del retén social, en la modalidad de prepensionado.

En este orden, debe la Sala inicialmente determinar si efectivamente, en el caso concreto, puede hablarse de retén social y, consecuencialmente, si es posible la procedencia de la protección laboral especial derivada de esta figura legal.

En aplicación de la jurisprudencia relacionada con el aspecto dilucidado , encuentra la Sala que en el presente caso, el actor no cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiario del retén social, habida cuenta que, tal como se expuso, el retén social se aplica a los empleados de aquellas entidades de la administración pública que afrontan procesos de renovación.

Contrario sensu, en el caso objeto de revisión, la declaratoria de insubsistencia del accionante no se produjo en el marco de un proceso de reestructuración de la entidad demandada, sino que fue producto de la potestad discrecional de su nominador en razón a la naturaleza de su cargo, al ser un empleado de libre nombramiento y remoción.

Bastan estas breves apreciaciones, para concluir que el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño no puede acudir a la tutela para satisfacer sus pretensiones laborales, reclamando la aplicación de los beneficios derivados del retén social.

Ahora bien, hecho el análisis anterior, procede la Sala a examinar los fundamentos jurídicos restantes sobre los cuales se apoya la decisión del presente caso y en esta medida establecer, si la Superintendencia de Puertos y Transporte vulneró los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la seguridad social y a la salud del señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño, al declarar insubsistente su nombramiento como Asesor de Despacho Grado 11.

Tal como se explicó, la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona de su cargo, ni para obtener el reintegro al mismo, pues para ello existen otras vías judiciales [10] . Aunado, al hecho de que el cargo ocupado por el peticionario es de libre

nombramiento y remoción, lo que deviene en que su nominador, en este caso la Superintendencia de Puertos y Transporte, puede en cualquier momento ejercer su facultad discrecional y prescindir del cargo.

Ahora bien, podría pensarse en la procedencia, de manera excepcional, de la acción de tutela como mecanismo transitorio para ordenar el reintegro del demandante si fuera evidente la existencia de un perjuicio irremediable.

No obstante, considera la Sala que si bien es cierto, con ocasión de la decisión de la entidad accionada de declarar insubsistente el nombramiento del peticionario, podría verse afectada su situación económica y la de su familia, también lo es que en el trámite de la presente acción no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez de tutela.

Al respecto, cabe recordar que para que sea procedente la tutela como mecanismo transitorio, es necesario que la lesión y amenaza de los derechos fundamentales invocados sea real, lo cual no se advierte en el presente caso, más aún cuando en sede de revisión se constató, según oficio expedido por el Ministerio de la Protección Social, que el accionante no sólo no se encuentra desvinculado del régimen de seguridad social sino que además se encuentra afiliado a Suramericana Medicina Prepagada, como plan complementario de salud, circunstancia indicativa de que sus derechos a la vida y a la seguridad social no están siendo afectados ni están expuestos a un riesgo inminente.

En conclusión, para la Sala las decisiones de instancia que negaron el amparo constitucional se estiman acertadas y habrán de confirmarse, pues, como se expresó en el acápite anterior, la acción de tutela es improcedente respecto de las pretensiones de origen laboral, máxime cuando se trata de la insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales no requieren de motivación.

6. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE PRIMERO. CONFIRMAR por las razones aquí expuestas, la Sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la cual confirmó la Sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil nueve (2009) del Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, en cuanto denegó la tutela incoada por el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño en contra de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

TERCERO. LÍBRENSE 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 HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Sentencia T-1238 del 11 de diciembre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy cabra.

[2] En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 del 1 de agosto de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1198 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1157 del 1 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-321 del 21 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[3] Sentencia T-384 del 30 de julio de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [4] Sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[5] La Ley 1276 de 2009 en su artículo 7 define al adulto mayor como aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. [6] Sentencia SU- 250 del 26 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[7] Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, Tomo III, págs. X-2 y ss. [8] Manual de derecho administrativo, pág. 445. [9] 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.

[10] Sentencia T-310 del 6 de mayo de 1999, M.P. Alejandro Martínez caballero.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.