

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / PERJUICIO IRREMEDIABLE / MADRE CABEZA DE FAMILIA / ACTO ADMINISTRATIVO DE RETIRO / MOTIVACIÓN DEL ACTO DE RETIRO A FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Debe ser suficiente, particular y cierto

A la Sala le corresponde determinar si estuvo ajustada a derecho la decisión del a quo, que concluyó que la acción de tutela era procedente (como mecanismo transitorio) para ordenar el reintegro de la [accionante], en su condición de madre cabeza de familia, al cargo de profesional especializado, grado 04, que hace parte de la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República y es de libre nombramiento y remoción (...) En el sub lite, [la actora] expuso que es madre cabeza de familia y que presenta problemas de salud -relacionados con rotura de ligamentos y destrucción parcial de meniscos-, circunstancias que, a su juicio, le permitían gozar de una estabilidad laboral reforzada y, a su vez, impedían que la Contraloría General de la República la retirara del servicio, así se tratara de un empleo de libre nombramiento y remoción (...) la Sala estima que [la accionante] sí cumple los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia, porque, conforme con las pruebas del proceso -relacionadas anteriormente- tiene a su cargo, en forma permanente, el cuidado y manutención de una menor de 13 años de edad, sin recibir ayuda económica por parte de otros familiares. Ahora bien, en vista de que la presente acción de tutela cuestiona la Resolución 919 de 2017 (que retiró del servicio a la actora), que puede ser atacada mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la procedencia de la tutela estaba condicionada a que se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este punto, la Sala concuerda con el a quo en que la desvinculación del servicio sí exponía a [la accionante] a un perjuicio irremediable (...) conviene recordar que la motivación de ese tipo de actos administrativos (que desvinculan del servicio a sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción) no puede ser genérica o abstracta, sino que debe fundarse en razones suficientes, particulares y ciertas (...) En conclusión, la entidad demandada no motivó el retiro del servicio de la actora con razones suficientes, particulares y ciertas. Por el contrario, acudió a una motivación abstracta, pues si bien se afirmó que, al momento de disminuir los empleos de la planta temporal -medida necesaria por asuntos presupuestales- se procuró no afectar la vigilancia y control fiscal de las regalías, lo cierto es que no explicó por qué el cargo de la demandante no contribuía a esa vigilancia fiscal. Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: la decisión del a quo sí estuvo ajustada a derecho, pues, en efecto, la acción de tutela era procedente, como mecanismo transitorio, para ordenar el reintegro de la [accionante], en su condición de madre cabeza de familia, al cargo de profesional especializado, grado 04.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-36-000-2017-01233-01(AC)

Actor: LINA RAMÍREZ GARZÓN

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Sala decide la impugnación interpuesta por la Contraloría General de la República contra la sentencia del 18 de julio de 2017, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió¹:

PRIMERO: TUTELAR de forma transitoria los derechos al mínimo vital y seguridad social de la señora Lina Ramírez Garzón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Contraloría General de la República, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reintegre a la señora Lina Ramírez Garzón en el cargo que venía desempeñando o en uno de similares condiciones, funciones y salario, hasta tanto medie la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos de lo previsto en el artículo 138 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la respectiva solicitud de medida provisional y el juez natural de la causa, resuelva la medida cautelar, actuación con la que se podrá resolver de fondo el debate de naturaleza legal de la Resolución No. 00919 del 6 de abril de 2017, por medio del cual se retiró del servicio a la señora Lina Ramírez Garzón.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la señora Lina Ramírez Garzón solicitó la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, de petición, debido proceso, a la salud y a la seguridad social, que estimó vulnerados por la

¹ Folio 85 del expediente.

Contraloría General de la República, porque la desvinculó del cargo de profesional especializado, grado 4.

Concretamente, formuló las siguientes pretensiones²:

Que de manera transitoria y con el objetivo de evitar un perjuicio irremediable, se suspendan los efectos de la Resolución 00919 del 6 de abril de 2017, expedida por el Contralor General de la República.

Que se ordene de manera inmediata mi reincorporación al cargo que venía desempeñando como Profesional Especializado Grado 4, de la Nómina de Regalías, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa decida de fondo el asunto, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que presentaré contra el acto administrativo por medio del cual se declaró el retiro del cargo que desempeñaba en la Contraloría General de la República.

(...) en un término no mayor a 48 horas, se ordene a la Contraloría General de la República el REINTEGRO AL CARGO QUE VENÍA DESEMPEÑANDO O A OTRO SIMILIAR O SUPERIOR y el pago de mis salarios y demás emolumentos salariales desde el momento en que fui retirada de la entidad.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

Que, para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscal de los recursos del sistema general de regalías, el Gobierno Nacional estableció una planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República, que era financiada con recursos del propio sistema de regalías.

Que, mediante Resolución 692 de 2015³, el contralor general de la República nombró a la señora Lina Ramírez Garzón en la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República, en el cargo de profesional especializado, grado 04, adscrita a la Oficina Jurídica.

² Folios 11-12 del expediente.

³ Folio 33 del expediente.

Que, posteriormente, por Resolución 919 del 6 de abril de 2017⁴, el contralor general de la República retiró del servicio a Lina Ramírez Garzón, como profesional especializado, grado 04, pues no había recursos suficientes para financiar ese cargo.

Que, el 9 de mayo de 2017, la señora Lina Ramírez Garzón solicitó al contralor general de la República que revocara de forma directa la Resolución 919 de 2016 y, en consecuencia, ordenara el reintegro al cargo.

Que, mediante oficio 2017EE0071458 del 9 de junio de 2017, la gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, en respuesta al derecho de petición, hizo saber a Lina Ramírez Garzón que no procedía la revocatoria directa y reiteró la insuficiencia de recursos para financiar el cargo de profesional especializado, grado 04.

3. Argumentos de la tutela

La señora Lina Ramírez Garzón adujo que la Contraloría General de la República vulneró los derechos fundamentales invocados, al retirarla del servicio y no ordenar el reintegro. En resumen, expuso:

Que es madre cabeza de familia, pues su hija, de 13 años de edad, y su progenitora, de 79 años de edad, dependen económica y afectivamente de ella. Que, de hecho, la patria potestad de su hija la ejerce de manera exclusiva, porque al padre biológico se le privó de esa potestad, y, por ende, no cuenta con ningún tipo de apoyo en la manutención de la menor.

Que, adicionalmente, estaba en tratamiento médico por una rotura de ligamentos y destrucción parcial de meniscos y, en el marco de ese tratamiento, fue operada el 23 de mayo de 2017.

Que, para la fecha del retiro, la Contraloría General de la República tenía conocimiento del estado de salud y de la condición de madre cabeza de familia, por lo que, en atención a esas circunstancias, que le otorgaban una estabilidad laboral reforzada, debió abstenerse de desvincularla del servicio.

⁴ Folios 35 y 36 del expediente.

Que, adicionalmente, la Contraloría General de la República no expuso los criterios técnicos y las necesidades que ameritaban suprimir el cargo que ella ocupaba, y no otro, pues se limitó a hacer consideraciones presupuestales de carácter general. Que, además, no se tuvo en cuenta que ella era la única funcionaria de la planta temporal que desarrollaba funciones de apoyo al sistema general de regalías en la Oficina Jurídica, a tal punto que, luego de su desvinculación, debió contratarse, mediante prestación de servicios, a una persona para que ejerciera esas funciones.

Que el salario que percibía de la Contraloría General de la República era la única fuente de ingresos y, por lo tanto, al dejar de percibirlo, se afectó el derecho al mínimo vital de ella y de su menor hija. Que, por la decisión de la Contraloría General de la República, de retirarla del servicio, quedó desafiada de la EPS y, en consecuencia, sin derecho a la seguridad social.

Que, por otra parte, la Contraloría General de la República no respondió debidamente la solicitud de revocatoria directa del acto de desvinculación, por cuanto: i) la competencia para decidir sobre la revocatoria directa era del contralor general de la República, mas no de la gerente de Talento Humano, y ii) excedió el término legal para responder la petición.

4. Intervención de la Contraloría General de la República (entidad demandada)

La gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República pidió que se declarara improcedente la tutela. En resumen, dijo:

Que la tutela no cumple el requisito de la subsidiariedad, toda vez que la señora Lina Ramírez Garzón cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir la legalidad de la Resolución 919 del 6 de abril de 2017 y, de contera, pedir el reintegro.

Que, en todo caso, la desvinculación de la actora no puede tildarse de arbitraria, por cuanto, como se expuso en la Resolución 919 de 2017, se produjo a raíz de la disminución de los recursos provenientes de regalías y que sirven para financiar la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República. Que, en

efecto, para el bienio 2014-2016, a la Contraloría General de la República le fueron asignados un total de \$ 87.351.014.110, mientras que, para el bienio 2017-2018, solo fueron asignados \$ 58.796.188.787.

Que, además, la desvinculación del personal de la planta temporal de empleo estuvo precedida de estudios y análisis técnicos, cuya finalidad era evitar la afectación de la vigilancia y control fiscal al sistema de regalías.

Que la Contraloría General de la República no podía mantener en el empleo a la actora, pues desconocería normas constitucionales y legales de índole presupuestal, que establecen que, antes de proveer un empleo público, se debe contar con los recursos que garanticen la remuneración.

Que, por último, a la señora Lina Ramírez Garzón sí se le respondió debidamente la solicitud de revocatoria directa, porque la Oficina de Talento Humano, por oficio No. 2017EE0071396 de 2017, denegó esa petición, decisión que fue avalada por el contralor general de la República, mediante Resolución ORD-81117-2089 del 10 de julio de 2017.

5. Sentencia impugnada

La Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 18 de julio de 2017, amparó transitoriamente los derechos fundamentales de la actora y le ordenó a la Contraloría General de la República que, en un término de 48 horas, la reintegrara al mismo cargo, o a uno de similares características, hasta tanto el juez de lo contencioso administrativo resolviera sobre la medida cautelar que debía solicitar en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. En concreto, las razones de la decisión del *a quo* fueron:

Que, por regla general, la tutela es improcedente para cuestionar los actos administrativos, debido a que, para ese propósito, existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que puede solicitarse la adopción de medidas cautelares. Que, no obstante, excepcionalmente, la tutela procede contra actos administrativos, pero de manera transitoria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Que, según la Corte Constitucional, cuando los ingresos económicos de la madre cabeza de familia provienen exclusivamente de la relación laboral, la decisión de desvincularla del servicio compromete el mínimo vital del núcleo familiar y, de contera, se le expone a un perjuicio irremediable. Que, por ende, en esos casos, la tutela sí es el mecanismo idóneo y eficaz para cuestionar el acto administrativo que dio por finalizada la relación laboral.

Que, por otra parte, si bien los actos de retiro de personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren ser motivados, lo cierto es que, conforme con la jurisprudencia constitucional, cuando la desvinculación recae en un sujeto de especial protección, como las madres cabeza de familia, surge el deber de sustentar la decisión de retiro.

Que, en el *sub lite*, Lina Ramírez Garzón acreditó la condición de madre cabeza de familia y, además, probó que sus ingresos económicos provenían exclusivamente de la relación laboral que mantenía con la Contraloría General de la República. Que esas circunstancias justificaban que la tutela fuera procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, hasta tanto se resolviera, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho —que debía promover oportunamente la actora—, sobre la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 919 de 2017.

Que, en cuanto al fondo del asunto, la Resolución 919 de 2017 no tuvo en cuenta los parámetros que la Corte Constitucional ha establecido para el retiro del servicio de personas que sean sujetos de especial protección y que consisten, básicamente, en afectarlos, en la menor medida de lo posible. Que, en efecto, no se hizo un juicio razonable sobre las condiciones particulares de la señora Lina Ramírez Garzón y, de contera, no justificó por qué era la actora quien debía ser retirada del servicio.

6. Impugnación

La gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República impugnó la sentencia de tutela de primera instancia, por las siguientes razones:

Que, tal y como se dijo en el escrito de oposición, la demandante contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir la

legalidad de su retiro y, por consiguiente, ante la existencia de otros mecanismo de defensa principal, la tutela era improcedente.

Que el *a quo* pasó por alto que el empleo de la actora hace parte de la planta temporal de la Contraloría General de la República, que se financia con apropiaciones del sistema general de regalías y, por lo tanto, al disminuir el monto de esos recursos, era procedente la reducción de empleos.

Que, de hecho, el Decreto 2190 de 2016 autoriza al contralor general de la República para adoptar este tipo de decisiones, de ahí que se realizaran estudios y análisis técnicos para realizar los ajustes correspondientes, sin afectar la eficiencia en la vigilancia y control fiscal de los recursos de regalías. Que, lógicamente, hay cargos que son indispensables para poder ejercer el control fiscal sobre los recursos de regalías, pero hay otros, como el de la actora, que no lo son y, por ende, podía prescindirse de él.

Adicionalmente, la Contraloría General de la República informó el cumplimiento de la sentencia de tutela de primera instancia y, para el efecto, aportó la Resolución 2257 del 25 de julio de 2017⁵, que nombró a Lina Ramírez Garzón en el cargo de profesional especializada, grado 4.

II. CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela y la subsidiariedad

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de

⁵ Folios 115 y 116 del expediente.

existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

No en vano los artículos 86 de la Constitución Política y el 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que la acción de tutela sólo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó⁶:

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

2. Planteamiento del problema jurídico

⁶ Sentencia C-543 de 1992.

A la Sala le corresponde determinar si estuvo ajustada a derecho la decisión del *a quo*, que concluyó que la acción de tutela era procedente (como mecanismo transitorio) para ordenar el reintegro de la señora Lina Ramírez Garzón, en su condición de madre cabeza de familia, al cargo de profesional especializado, grado 04, que hace parte de la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República y es de libre nombramiento y remoción.

Para resolver el problema jurídico, la Sala se referirá a: i) la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que retiran del servicio y ii) la protección que les asiste a los sujetos de especial protección constitucional, cuando ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

2.1. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que retiran del servicio

La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que, por regla general, la tutela es improcedente para cuestionar actos administrativos que dispongan el retiro de servidores públicos. Y es improcedente porque, por tratarse de actos administrativos que afectan derechos subjetivos, existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 de la Ley 1437 de 2011) para controvertir, por los cauces ordinarios, la legalidad del acto, de ahí que en esos eventos no se satisfaga el requisito de subsidiariedad que caracteriza la tutela.

No obstante, de manera excepcional, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, para evitar que el retiro del servicio ocasione un perjuicio irremediable. En la sentencia T-956 de 2013, la Corte Constitucional se refirió a las características que debe revestir del perjuicio irremediable para habilitar la tutela como mecanismo transitorio. En esa oportunidad, se dijo:

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la

jurisprudencia posterior. Las reglas fijadas sobre el particular son las siguientes:

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

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

6.3. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de

cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

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

Conforme a lo anterior, la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio no solo dependerá de que el perjuicio sea irremediable —que no se pueda ser reparado—, sino que, además: i) debe ser un perjuicio inminente, es decir, que, según el curso natural de las cosas, va suceder prontamente; ii) las medidas para conjurarlo deben ser urgentes, esto es, que deban adoptarse rápidamente para evitar que el daño se consume; iii) el perjuicio debe ser grave, lo que conlleva a analizar la importancia que el ordenamiento jurídico reconoce al bien jurídico bajo amenaza, y iv) que la acción de tutela sea impostergable, o sea, que no pueda aplazarse.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha dicho que *«cuando en el caso concreto se está ante personas que, por sus circunstancias específicas, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta; o cuando se trata de personas pertenecientes a grupos que la Constitución les reconoce especial protección constitucional, como sucede con los niños y niñas, los adultos mayores o las personas en situación de discapacidad, el escrutinio de los requisitos antes anotados debe ser atenuado en cada caso concreto»*⁷.

2.2. La protección que les asiste a los sujetos de especial protección constitucional, cuando ocupan cargos de libre nombramiento y remoción

⁷ Ídem.

Como se sabe, los empleados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, por cuando la ley otorga al nominador una amplia discrecionalidad para desvincular a esos servidores. En virtud de esa amplia discrecionalidad que la propia ley otorga, los nominadores, por regla general, pueden desvincular al empleado sin que el acto administrativo de retiro exponga los motivos del retiro.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha expuesto que, cuando el empleo de libre nombramiento y remoción está siendo ocupado por un sujeto de especial protección constitucional, el nominador no cuenta con la misma discrecionalidad para remover al servidor, sino que, por el contrario, le asiste el deber de motivar el acto administrativo de retiro.

En ese sentido, la sentencia T-716 de 2013 explicó:

6.4.3 Junto con las anteriores consideraciones, la Corte ha aceptado que aun cuando una persona se encuentre en uno de estos cargos y su estabilidad laboral sea precaria, en el evento de ser parte de un grupo de especial protección constitucional, debe ser tratada de manera diferente -a la luz de la Constitución-. Así las cosas, la jurisprudencia ha determinado que se debe cumplir con el requisito de motivación del acto de desvinculación de servidores públicos, en aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción que reúna los requisitos para pertenecer al retén social, como padres y madres cabeza de familia, personas discapacitadas, personas pre-pensionadas o cuando se esté en presencia de una mujer embarazada.

6.4.4 En este tema en particular, la Corte ha explicado que la referida protección que estableció inicialmente la figura del retén social, se fundamenta en una garantía de origen supralegal, la que se deriva no solo del artículo 13 constitucional que prescribe la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino también de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores que establecen un trato especial compensatorio a las situaciones de trabajo a través de garantías constitucionales, amparo que se activa en el momento en que los derechos

fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional puedan verse afectados.

6.4.5 En efecto, la Corte ha advertido que los sujetos de especial protección constitucional están investidas de un fuero de estabilidad laboral reforzada que exige en el caso de la administración oficial, la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción. En este tema, la jurisprudencia ha sido cuidadosa al señalar que lo anterior no significa de ninguna manera, que no se pueda ejercer la facultad para el retiro de los servidores que ejercen los empleos en los que el nominador cuenta con mayor discrecionalidad para realizar el despido, sino que, en el caso especial de los sujetos que están investidos de especial protección constitucional, dicha discrecionalidad, debe acompañarse con las especiales consideraciones que envuelve la situación del sujeto de la medida administrativa. Razones las anteriores, por las que su potestad de remoción no puede acudir simplemente a argumentos genéricos y difusos acerca de la justificación de la decisión, pues esta debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares, (iii) cierta y (iv) concurrente al acto que origina el despido.

Estas exigencias pretenden armonizar la garantía de los derechos de los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada con los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad de la función administrativa, lo que adquiere mayor sentido si se recaba en el carácter excepcional del empleo de libre nombramiento y remoción, que debe observar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales en el marco de los cuales se sitúa el trabajo.

En conclusión, para retirar del servicio a un empleado que tenga la condición de sujeto de especial protección constitucional y ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción, es necesario que motivar debidamente el acto administrativo de desvinculación, so pena de vulnerar los derechos fundamentales de estas personas. En todo caso, la justificación del retiro no puede basarse en argumentos genéricos, sino que ha de ser suficiente, concreta, cierta y concurrente.

2.3. Solución del caso

En el *sub lite*, Lina Ramírez Garzón expuso que es madre cabeza de familia y que presenta problemas de salud —relacionados con rotura de ligamentos y destrucción parcial de meniscos—, circunstancias que, a su juicio, le permitían gozar de una estabilidad laboral reforzada y, a su vez, impedían que la Contraloría General de la República la retirara del servicio, así se tratara de un empleo de libre nombramiento y remoción.

En el expediente de tutela reposan: **i)** el registro civil de la hija la demandante⁸, del que se desprende que la menor tiene 13 años de edad; **ii)** copia del acta de audiencia celebrada el 27 de enero de 2009, en la que el Juzgado Octavo de Familia de Bogotá privó al padre biológico de la patria potestad de la menor⁹; **iii)** copia del acta de audiencia del 26 de febrero de 2009, que da cuenta que la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión del Juzgado Octavo de Familia, y **iv)** declaración extra proceso rendida por Lina Ramírez Garzón, en la que la actora manifiesta que tiene a su cargo el cuidado y manutención de la menor en forma permanente.

Por su parte, la Contraloría General de la República, en los argumentos expuestos en la oposición de la tutela y en la impugnación, sostuvo: i) que la tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de la subsidiariedad, porque la actora contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y ii) que el retiro del servicio estuvo justificado, por razones de presupuesto. Nótese que la entidad demandada no controvertió la condición de madre cabeza de familia.

En todo caso, la Sala estima que Lina Ramírez Garzón sí cumple los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia, porque, conforme con las pruebas del proceso —relacionadas anteriormente— tiene a su cargo, en forma permanente, el cuidado y manutención de una menor de 13 años de edad, sin recibir ayuda económica por parte de otros familiares.

Ahora bien, en vista de que la presente acción de tutela cuestiona la Resolución 919 de 2017 (que retiró del servicio a la actora), que puede ser atacada mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la procedencia de la

⁸ Folio 40 del expediente.

⁹ Folios 41-42 del expediente.

tutela estaba condicionada a que se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este punto, la Sala concuerda con el *a quo* en que la desvinculación del servicio sí exponía a Lina Ramírez Garzón a un perjuicio irremediable.

Según lo expresado en el escrito de tutela, la única fuente de ingresos económicos de la demandante era lo que percibía como salario de la Contraloría General de la República y, por ende, al dejar de recibirlo, se comprometía su mínimo vital y el de su menor hija. Ese perjuicio era inminente, toda vez que la falta de ingresos económicos suponía que, prontamente, Lina Ramírez Garzón no iba poder satisfacer las necesidades básicas propias ni las de su menor hija, de ahí que, justamente, las medidas para evitar ese perjuicio fueran urgentes. El perjuicio es grave, pues el hecho de no poder satisfacer las necesidades básicas atenta contra la dignidad humana, que, precisamente, es uno de los derechos fundamentales que caracteriza el Estado Social de Derecho.

Y es que, conforme con lo visto en el acápite respectivo, la condición de madre cabeza de familia —sujeto de especial protección constitucional— amerita que el juez de tutela adopte una postura flexible en el análisis de los elementos del perjuicio irremediable, por lo que debe preferirse la procedencia de la acción de tutela cuando las particularidades del caso permiten deducir el perjuicio, como ocurre en el presente caso.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala estima necesario citar las consideraciones de la Resolución 919 del 6 de abril de 2017, para establecer si la desvinculación del servicio de Lina Ramírez Garzón estuvo debidamente motivada.

En las consideraciones de la Resolución 919 de 2017, el contralor general de la Nación expresó¹⁰:

Que con la Ley 1744 del 26 de diciembre de 2014 “Por el cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio 1º de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016” se le asignó la suma de \$ 87.351.014.110, para los gastos de la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República creada con el Decreto No. 1539 de 2012.

¹⁰ Folio 112 del expediente.

Que el Decreto 2190 del 28 de diciembre de 2016 “Por el cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio de 1º de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018” en su artículo 3º determinó lo siguiente:

“Presupuesto de los órganos del Sistema General de Regalías. De conformidad con el monto total de gastos del Sistema General de Regalías definido en el artículo anterior, autorícese gastos con cargo a los órganos del Sistema General de Regalías, durante el bienio del 1º de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018, por la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$ 587.961.887.870), según el siguiente detalle:

(...)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 58.796.188.787

Que con estos recursos se deben pagar gastos de funcionamiento y gastos de personal de la planta temporal de la Contraloría General de la República.

Que el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016, facultó al Contralor General de la Nación para efectuar los ajustes necesarios para que la planta de personal sea consistente con los montos apropiados por el mismo (Decreto 2190 de 2016) a este órgano de control. Para tal efecto, podrá reducir, suprimir o refundir empleos de la planta temporal que se prorrogaron en el presente artículo.

Así mismo, en su párrafo se determinó que “si durante la ejecución del presupuesto del Sistema General de Regalías del bienio 2017-2018 es necesario efectuar ajustes a los montos aprobados en el presente Decreto, el Contralor General de la República revisará la estructura de la planta de personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disposiciones presupuestales”.

Que de loa decretos que determinan el presupuesto del sistema general de regalías que corresponde a la Contraloría General de la República es evidente la reducción presupuestal generada para el presente bienio lo que

impide atender los gastos de planta de personal en las actuales circunstancias.

Que conforme con el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, la función administrativa se desarrollará conforme con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Que el artículo 122 de la Constitución Política establece que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

Que revisadas las necesidades del servicio, cargos y grados con las condiciones actuales presupuestales de la Contraloría General de la República para financiar los empleos de regalías se requiere realizar los ajustes correspondientes a fin de cumplir con las previsiones constitucionales y legales en esta materia.

Que mediante Resolución Ordinaria 692 del 16 de marzo de 2015 se nombró a LINA RAMÍREZ GARZÓN en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, NIVEL PROFESIONAL, GRADO 04 en la OFICINA JURÍDICA.

Que la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, NIVEL PROFESIONAL, GRADO 04, en la OFICINA JURÍDICA, desempeñado por LINA RAMÍREZ GARZÓN.

De conformidad con lo anterior, se advierte que la Contraloría General de la República sí motivó el acto administrativo de desvinculación de la señora Lina Ramírez Garzón, a pesar de que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción. Esa motivación, básicamente, consistió en que la reducción del presupuesto de regalías —con el que se financia la planta temporal de la Contraloría General de la República— impedía financiar el cargo de la actora.

En este punto, conviene recordar que la motivación de ese tipo de actos administrativos (que desvinculan del servicio a sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción) no puede ser genérica o abstracta, sino que debe fundarse en razones suficientes, particulares y ciertas.

A juicio de la Sala, la afirmación de que la reducción del presupuesto de regalías impedía financiar el cargo de la actora se enmarca dentro de una motivación genérica, como pasa a exponerse.

Es cierto que, para el bienio 2017-2018, hubo una significativa reducción de recursos (provenientes de regalías) que recibe la Contraloría General de la República para financiar la planta temporal.

También es cierto que, luego de realizar un estudio técnico, la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República concluyó que «*se debe proceder a disminuir la ocupación de empleos en la planta temporal de regalías correspondiente a 338 cargos*»¹¹. Sin embargo, el estudio técnico realizado por la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República no estableció qué cargos debían disminuirse, sino que dispuso que la reducción estaría determinada por un análisis que debía realizar la Gerencia de Talento de Humano de la Contraloría General de la República¹².

Ese análisis que debía realizar la Gerencia de Talento Humano no reposa en el expediente de tutela y, de hecho, la Sala desconoce si se realizó o no. Si se realizó, la Contraloría General de la República pudo aportarlo en el proceso de tutela, pero no lo hizo.

Además, en la impugnación de la tutela, la entidad demandada no mencionó las razones particulares por las que debía suprimirse el cargo de la actora, y no otros. Se limita, únicamente, a sostener que se procuró «*la no afectación en la eficiencia y efectividad en la vigilancia y control fiscal a las regalías*»¹³.

¹¹ Folio 110 (vuelto).

¹² En ese sentido, el estudio expresó: «*Esta reducción, previo análisis que realice la Gerencia de Talento Humano sobre denominaciones de empleos, número de empleos, grados y remuneraciones*» (Folio 110 vuelto del expediente).

¹³ Folio 95 (vuelto) del expediente.

Téngase en cuenta que, de los 338 cargos de la planta temporal de la Contraloría General de la República, 126 eran de profesional especializado, grado 04¹⁴, que era el empleo ocupado por la actora. Por ende, si se pretendían exponer razones suficientes, particulares y ciertas, era necesario analizar las funciones desempeñadas por la actora y explicar por qué eran prescindibles o de menor importancia para el control fiscal de regalías, frente a las ejercidas por los demás profesionales especializados, grado 04.

Tal y como la ha dicho la jurisprudencia constitucional, la condición de sujeto de especial protección, que se reconoce a las madres cabeza de familia, ameritaba que se impartiera un tratamiento favorable a Lina Ramírez Garzón. Ese tratamiento favorable no representaba que debiera mantenerse en el empleo de manera indefinida, pero sí imponía el deber de demostrar por qué debía ser ella quien fuera desvinculada del servicio.

De hecho, recuérdese que la sentencia SU-388 de 2005 destacó el deber que le asiste al Estado de adoptar acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia, en tanto que representan un sector de la sociedad que ha sido históricamente discriminado. La Sala advierte que esa circunstancia no fue considerada al momento de desvincular a la actora del servicio.

En conclusión, la entidad demandada no motivó el retiro del servicio de la actora con razones suficientes, particulares y ciertas. Por el contrario, acudió a una motivación abstracta, pues si bien se afirmó que, al momento de disminuir los empleos de la planta temporal —medida necesaria por asuntos presupuestales— se procuró no afectar la vigilancia y control fiscal de las regalías, lo cierto es que no explicó por qué el cargo de la demandante no contribuía a esa vigilancia fiscal.

Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: la decisión del *a quo* sí estuvo ajustada a derecho, pues, en efecto, la acción de tutela era procedente, como mecanismo transitorio, para ordenar el reintegro de la señora Lina Ramírez Garzón, en su condición de madre cabeza de familia, al cargo de profesional especializado, grado 04.

¹⁴ Folio 102 (vuelto) del expediente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

- 1. Confirmar** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en esta providencia.
- 2. Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 3. Enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ