



Sentencia 02406 de 2016 Consejo de Estado

SOLICITUD O INSINUACION DE RENUNCIA - Empleo de libre nombramiento y remoción / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - No se configura el desconocimiento del precedente

El Tribunal enjuiciado apeló a la jurisprudencia de la Sección Segunda para decir que, a pesar de la facultad que tiene el nuevo nominador para conformar su equipo de trabajo, la renuncia que no es libre y espontánea está viciada de nulidad, y que ello, a su juicio, fue lo que sucedió en el sub examine, pues no se debió a una simple solicitud o insinuación, sino que estuvo acompañada de un componente coercitivo y de la violación a la confianza legítima en seguir en el cargo, en la medida en que la presentó bajo esa promesa de continuidad; sumado al hecho de que presuntamente no la administración ni siquiera tenía listo su reemplazo cuando aceptó la renuncia... Es criterio reiterado de la Sección Segunda del Consejo de Estado el considerar que (i) la solicitud o insinuación de la renuncia a los empleados de libre nombramiento y remoción, en sí misma, no constituye causal de nulidad, pues es una facultad que tiene el nominador para conformar su equipo de trabajo; (ii) la renuncia protocolaria le permite al servidor público terminar su vínculo laboral de una forma decorosa, al evitar la declaratoria de insubsistencia; (iii) la renuncia debe ser libre y espontánea... Así, para la Sala, que el Tribunal pudiera concluir que la solicitud y posterior aceptación de la renuncia del actor no buscara el mejoramiento del servicio y que fuera ajena a los fines que inspiran este tipo de facultad discrecional no constituye un desconocimiento del precedente de la Sección Segunda de la Corporación; otra cosa es que, en efecto, las probanzas del proceso le permitieran, en el caso concreto, entender que sobrevino dicha irregularidad, lo cual no resulta pertinente examinar en el presente capítulo, sino en el concerniente al defecto fáctico planteado. No sobre advertir que tal argumento, desde el punto de vista del silogismo jurídico que entraña la sentencia acusada, en principio - partiendo de que los hechos estén debidamente probados, resultaba suficiente para declarar la nulidad del acto acusado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - No se configura el defecto fáctico. El análisis probatorio no fue arbitrario o caprichoso. La valoración de la prueba es una labor propia del juez contencioso administrativo

El apoderado de la empresa tutelante cuestiona la valoración probatoria realizada por el Tribunal acusado, mientras que esté último junto con el tercero con interés defienden la valoración probatoria contenida en el fallo enjuiciado y la contundencia de las pruebas arrojadas al plenario de la nulidad y restablecimiento del derecho para demostrar la ilegalidad del acto administrativo que aceptó la renuncia controvertida... Para el Tribunal, los testimonios fueron lo suficientemente claros sobre la existencia de la reunión y de la promesa de que las renunciaciones pedidas no se harían efectivas, lo cual es propio del resorte y autonomía del juez natural... Independientemente de que la Sala pueda compartir o no la conclusión de ad quem contencioso, valorar la prueba era una labor propia de aquel, y no se advierte arbitrariedad o capricho alguno en la que se efectuó; máxime que estuvo acompañada de los motivos para considerar que tales testimonios merecían ser considerados, habida cuenta que habían sido desestimados por el a quo de la nulidad y restablecimiento del derecho... No cabe duda de que la decisión del Tribunal censurado contó con todo el respaldo probatorio del caso para concluir que se pidió la renuncia del señor LAJC con la promesa de que no se iba a hacer efectiva, y que esto, para dicho operador judicial, vició la legalidad del acto administrativo por medio del cual le fue aceptada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Rad. No.: 11001-03-15-000-2015-02406-01(AC)

Actor: EMPRESA DE ENERGIA DE ARAUCA - ENELAR ESP

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el señor Leonel Antonio Jurado Cordero –tercero con interés–, contra el fallo de 10 de febrero de 2016, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante.

I. ANTECEDENTES

1.1. La tutela

La EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA – ENELAR E.S.P., a través de apoderado¹, promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Arauca, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por dicha autoridad judicial al proferir la sentencia de 28 de mayo de 2015, a través de la cual revocó la de 19 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Arauca, que había negado las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho radicada con el No. 81001-33-31-001-2012-00083, que presentó en su contra el señor Leonel Antonio Jurado Cordero.

1.2. Hechos

El apoderado de la empresa de servicios públicos tutelante los narró² en síntesis, así:

1.2.1. El señor Leonel Antonio Jurado Cordero presentó demanda de nulidad y restablecimiento contra su poderdante, alegando que el acto administrativo por medio del cual se le aceptó la renuncia al cargo de “*Subdirector de Peticiones, Quejas, Recursos y Comunicaciones*” estaba viciado de nulidad por desviación de poder e infracción de las normas en las que debía fundarse, ya que, a juicio obedeció a presiones políticas indebidas del nuevo gobierno y no mejoró el servicio.

1.2.2. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Arauca, en fallo de 19 de mayo de 2014, negó las pretensiones de la demanda al considerar que (i) el cargo ocupado es de dirección, confianza y manejo; (ii) el nominador tiene libertad para conformar su equipo de trabajo; (iii) los testimonios presentados son contradictorios y sospechosos; y (iv) el nivel académico del demandante³ le permitía entender las consecuencias de una renuncia protocolaria.

1.2.3. El Tribunal Administrativo de Arauca, mediante sentencia de 28 de mayo de 2015, revocó la decisión de primera instancia luego de concluir que (i) la renuncia no fue espontánea, pues fue pedida con la promesa de no hacerse efectiva; (ii) no hubo mejoramiento del servicio porque cuando se aceptó no se había designado el reemplazo, además de advertirse incompatibilidades entre la fecha de la renuncia y la de otros documentos; (iii) si bien el cargo era de libre nombramiento y remoción no era de dirección, confianza y manejo, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Tercera del Consejo de Estado.

El libelista considera que a su apoderada, con el fallo del Tribunal, le fueron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, por cuanto, a su parecer, incurrió en los defectos que explicó, tal y como se sigue:

a) **Defecto fáctico.** Con base en los testimonios de las señoras Ana María Calderón, Diana María López y Nelsa Liliana Camejo Baquero se tuvo por probado que al señor Leonel Antonio Jurado Cordero se le citó a una reunión en la que se le pidió su renuncia protocolaria, con la promesa de que iba a continuar en su cargo. Sin embargo, el dicho de las declarantes no es claro y preciso frente a ese hecho, habida cuenta que está basado en rumores, suposiciones e inferencias de aquellas; máxime, cuando dos de ellas ni siquiera estuvieron en la reunión y su vinculación laboral era diferente a la del señor Jurado Cordero.

Además, de tales testimonios se desprende que, en todo caso, la petición de renuncia fue “*amable*” y sin coacción; sumado al hecho de que el

nivel académico del referido actor contencioso le permitía entender las consecuencias de una renuncia protocolaria, lo cual descarta que se haya quebrantado la confianza legítima de su continuidad en el cargo.

El Tribunal tampoco valoró la comisión de servicios concedida al señor Oscar Rubiano Parra, que daba cuenta de que el reemplazo del demandante en vía contenciosa se nombró casi de forma concomitante a la aceptación de la renuncia⁴.

b) Defecto Procedimental. Se violó el principio de congruencia porque la decisión enjuiciada se sustentó en un cargo no alegado en la demanda o en la apelación por el entonces demandante.

Así, ocurrió cuando el *ad quem* contencioso señaló que el cargo del señor Leonel Antonio Jurado Cordero, pese a ser de libre nombramiento y remoción, no era de dirección confianza y manejo, pues en su alzada precisó, de forma explícita, que sí lo era; y que el motivo de la apelación eran las presuntas razones políticas que se escondían detrás del pedido y posterior aceptación de la renuncia (desviación de poder).

Por tal, la empresa de servicios públicos no tuvo oportunidad en sede contenciosa de defenderse ni ofrecer evidencias para contraprobar de las súbitas afirmaciones del Tribunal.

c) Desconocimiento del precedente. En sentencias de 29 de marzo de 2012⁵, 12 de mayo de 2011⁶ y 10 de mayo de 2007⁷, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo que la solicitud o insinuación de renuncia a un empleado del nivel directivo de libre nombramiento y remoción no afecta la legalidad del acto de retiro. Por tanto, la solicitud de renuncia protocolaria efectuada al entonces accionante estaba permitida.

d) Defecto sustantivo. La sentencia de 9 de septiembre de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, en la que se basó el Tribunal enjuiciado no era aplicable al asunto en cuestión, por cuanto en aquella se resolvió sobre la responsabilidad de un Representante a la Cámara, en acción de repetición, por provocar la renuncia de un empleado que no era del nivel directivo y cuyos presupuestos estaban regulados en la Ley 5 de 1995 y la Resolución MD 975 de 1995 de la Cámara de Representantes; mientras que el señor Leonel Antonio Jurado Cordero sí ocupaba un cargo del nivel directivo y su renuncia estaba regulada por un marco normativo diferente (decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973).

1.4. Pretensiones

En la demanda de tutela se consignaron así:

“PRIMERO: Se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y de acceso a la administración de justicia de la EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA – ENELAR E.S.P., vulnerados con ocasión de la sentencia de segunda instancia del veintiocho (28) de mayo de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA, dentro del proceso 81001-33-31-001-2012-00083-01.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos la sentencia de segunda instancia del veintiocho (28) de mayo de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA, dentro del proceso 81001-33-31-001-2012-00083-01

TERCERO: Se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA proferir sentencia sustitutiva, en al [sic] que se corrijan las irregularidades presentadas y se verifique el respeto por los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y al acceso a la administración de justicia de la EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA – ENELAR E.S.P.” (fls. 18-19).

Como medida cautelar se pidió *“... la suspensión de la ejecución de la sentencia [acusada]...”* (fl. 18), mientras se dicta el fallo que resuelva de fondo la acción de tutela.

1.5. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 16 de septiembre de 2015, admitió la tutela, dispuso su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo de Arauca y al Juez Primero Administrativo del Circuito de Arauca como tercero con interés. Igualmente, se reconoció personería al apoderado de la entidad peticionaria, dio el valor probatorio de ley a los documentos aportados y suspendió la ejecución de la sentencia atacada.

Mediante auto de 27 de octubre de 2015, el *a quo* constitucional ordenó vincular al señor Leonel Antonio Jurado Cordero, por tener interés en las results del presente proceso, en cuanto podría verse afectado con la decisión que se adopte.

1.6. Oposición a la demanda

1.6.1. El Juez Primero Administrativo del Circuito de Arauca pidió que se negaran las pretensiones de la tutela, al considerar que no procede contra providencia judicial, y menos si lo pretendido es reabrir el debate que se dio ante el juez natural. También destacó que aunque la decisión de su superior jerárquico fue contraria a la suya, la respeta.

1.6.2. El apoderado del señor Leonel Antonio Jurado Cordero solicitó que se declarara improcedente la tutela, pues los reparos que realiza el libelista al análisis probatorio del *ad quem* contencioso solo reflejan su opinión personal y no está probada su incidencia en la decisión; más, teniendo en cuenta el margen de autonomía que tiene el operador judicial para valorar la prueba, lo cual, en el sub examine, advirtió coherente y racional.

A su juicio, los testimonios reprochados en la tutela, sumados a otras pruebas documentales sí dan cuenta de la ocurrencia de la desviación de poder y de la coacción mediante la cual se obtuvo la renuncia del demandante en nulidad y restablecimiento del derecho por razones meramente políticas.

1.6.3. El Tribunal Administrativo de Arauca guardó silencio.

1.7. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en fallo de 10 de febrero de 2016, luego de hacer un recuento de las razones contenidas en el fallo del Tribunal y de referirse a lo que consideró la jurisprudencia aplicable al caso, amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante, dejó sin efectos la enjuiciada sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho y le ordenó proferir una de reemplazo, al considerar que no se dio la desviación de poder alegada en la demanda contenciosa.

Lo anterior decisión la adoptó con fundamento en las siguientes razones:

“Como bien lo ha señalado la Sección Segunda de esta Corporación⁹, la identidad de situación entre testigos e interesado genera dudas sobre la espontaneidad e imparcialidad de los testimonios. Entonces, al momento de la valoración probatoria, el juez debe ser riguroso en verificar con otros medios de prueba si las afirmaciones de los testigos son confiables, esto es, debe descartar que los testimonios sean preparados con miras a procurar una decisión que beneficie al directamente interesado y a los testigos. El juez también debe exponer suficientemente los motivos que lo llevan a concluir que las apreciaciones de los testigos son acordes con la realidad. Ese es el análisis que la Sala extraña en la providencia cuestionada, pues el tribunal demandado se limitó a tener por cierto el dicho de los testigos.

En todo caso, la coincidencia de los testimonios sobre la reunión para solicitar la renuncia no compromete la legalidad de la desvinculación del señor Jurado Cordero. En efecto, el precedente de la Sección Segunda de esta Corporación señala que la solicitud de renuncia de ninguna manera afecta la legalidad del acto que la acepta, por cuanto esa solicitud es acorde con la facultad que tiene el nominador para conformar su equipo de trabajo.

A su vez, no se aprecian pruebas que den cuenta de una presión indebida dirigida a obligar la renuncia del señor Jurado Cordero. Solo se

evidencia la realización de una reunión para solicitar la renuncia del personal de libre nombramiento y remoción, pero, se reitera, esa reunión es legal porque está enmarcada en la facultad del nominador para seleccionar sus colaboradores de confianza.

Es importante resaltar que el precedente obligatorio para resolver el caso del señor Jurado Cordero es el fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por tratarse del tribunal de cierre en asuntos contencioso laborales. Siendo así, es necesario advertir que era equivocado que la decisión objeto de tutela se sustentara en pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado o de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De hecho, una vez revisados los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala advierte que no eran pertinentes, toda vez que no guardan identidad fáctica y jurídica con el caso del señor Jurado Cordero. Ninguno de esos pronunciamientos estudia la legalidad de un acto que acepte la renuncia presentada a un cargo de libre nombramiento y remoción, sino que se refieren a una acción de repetición (responsabilidad patrimonial de un funcionario frente a una condena judicial) y al incumplimiento de un contrato de trabajo, que claramente no es asimilable a un cargo de libre nombramiento y remoción.

El problema jurídico queda resuelto: la providencia cuestionada incurrió en defecto fáctico al concluir que la desvinculación del señor Jurado Cordero fue ilegal” (negritas propias).

1.8. La impugnación

El fallo constitucional de primera instancia fue impugnado por el apoderado del señor Leonel Antonio Jurado Cordero, quien sostuvo que debía ser revocado, de acuerdo con los motivos que la Sala resume, así:

a) El precedente que se debe aplicar es el de la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de 9 de septiembre de 2013, por no ser del nivel directivo el que ocupaba su prohijado. Además los de la Sección Segunda, que citó la Cuarta, no guardan identidad fáctica con el *sub examine*, en el que sí se probó la desviación de poder.

b) Los testimonios rendidos dentro del proceso contencioso dan cuenta de las presiones políticas a las que fue sometido, y de la promesa de continuidad que se acompañó de la solicitud de renuncia¹⁰.

c) Se desconoce al sana crítica del juzgador al establecerse “... una tarifa legal que está prohibida en el Código General del Proceso al indicar que se trata de testigos que por estar en situación igual al [sic] del actor al pedirseles la renuncia no son espontáneos y libres, por estar preparados de antemano para ser coincidentes en la búsqueda de un beneficio con la decisión favorable al actor” (fl. 198).

También impugnó el magistrado ponente de la sentencia de 28 de mayo de 2015 adoptada por el Tribunal Administrativo de Arauca, en los siguientes términos:

a) La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado no resulta aplicable al caso del señor Leonel Antonio Jurado Cordero, ya que no distingue entre el empleado de libre nombramiento y remoción de “*dirección, confianza y manejo*” y el que no tiene tales atributos, grupo último en el que se encuentra aquel por no desempeñar funciones de esa naturaleza y por ser subalterno del Director de la Empresa de Servicios Públicos.

b) Como la Sección Segunda no define las características de este segundo grupo, fue necesario acudir a las subreglas de la Corte Suprema de Justicia como criterio auxiliar. Así también a las de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que muestran la diferencia entre un empleado de libre nombramiento y remoción de “*dirección, confianza y manejo*” y otro que teniendo igual vinculación no ejerce funciones propias de tales servidores.

c) El a quo de tutela desconoció los principios aplicables a la resolución de la controversia: (i) autonomía e independencia judicial, porque la decisión enjuiciada era plausible; (ii) favorabilidad al trabajador, pues la Sección Tercera tiene un criterio que protege al funcionario desvinculado; (iii) el criterio auxiliar de la jurisprudencia, en tanto el Tribunal escogió entre dos posiciones válidas de Consejo de Estado –Sección

Segunda y Sección Tercera-; e (iv) igualdad en las resoluciones judiciales, habida cuenta que no se pueden aplicar antecedentes de la Sección Segunda que no guardan identidad fáctica con el actual.

d) Los testigos tienen “... el peso suficiente para, por lo menos, demostrar, junto con la prueba documental que fue solicitada, la renuncia provocada, así no se acepte el valor de la declaración en cuanto a la presión política y otros elementos que guiaron la salida del demandante...” (fl. 218).

Ante la aparente confusión, pidió al *ad quem* de tutela que defina los elementos de la ilegalidad de la solicitud de renuncia a un empleado de libre nombramiento y remoción que no ejerce funciones de dirección, confianza y manejo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer las impugnaciones interpuestas, de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991, por el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si revoca, confirma o modifica la decisión constitucional de primera instancia, para lo cual debe establecer, acorde con las razones consignadas en la petición de amparo, el escrito de alzada y la referida providencia de tutela, si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales invocados al haber accedido a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho presentada por el señor Leonel Antonio Jurado Cordero contra la EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA – ENELAR E.S.P.

Con el propósito de resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados, se analizará (iii) una cuestión previa relacionada con el escrito de impugnación del Tribunal acusado y (vi) el fondo del reclamo.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

En atención al antecedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹¹, mediante el cual unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹², conforme al cual:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”*¹³
(subraya fuera de texto).

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”. En efecto:

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁴ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez y iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará improcedente el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

2.4. Cuestión previa

La Sección Cuarta solo se refirió a la impugnación del señor LEONEL ANTONIO JURADO CORDERO, pero la sala advierte que también hizo lo propio el Tribunal Administrativo de Arauca. Por ende, en aras de privilegiar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de todas las partes en contienda, la Sala asume que la alzada se concedió también respecto de este último.

2.5. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad

Comoquiera que los anteriores presupuestos fueron examinados por el juez de tutela de primera instancia y sobre ellos no hubo reparo por parte de dicha autoridad judicial o de alguna de las partes o intervinientes, la Sala se releva de abordarlos nuevamente.

Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto de los recursos interpuestos, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial¹⁵, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por parte de terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹⁶.

2.6. Caso concreto

Antes de abordar los planteamientos consignados en los respectivos escritos de alzada, es menester precisar, según se mira del resumen pormenorizado de los antecedentes de la presente providencia, que la Sección Cuarta del Consejo de Estado no se pronunció respecto de todos los yerros aducidos por el libelista, como es el caso del defecto procedimental reseñado en el capítulo “1.3.” del presente proveído.

Por tal razón, las impugnaciones presentadas también serán analizadas de manera conjunta con los demás motivos de inconformidad que hayan escapado al examen del a quo constitucional.

En igual sentido, resulta imperioso aclarar que muchos de los planteamientos expuestos en ambos escritos de impugnación son coincidentes, razón por la cual se abordarán de manera conjunta y en armonía con las razones del escrito de amparo.

2.6.1. Desconocimiento del Precedente, defecto procedimental absoluto y defecto sustantivo

El primer motivo de inconformidad de ambos recurrentes y de la empresa tutelante tiene que ver con cuál era el precedente aplicable al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de la presente controversia.

En lo concerniente a tal discusión, en la sentencia de 28 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo de Arauca explicó:

“En este punto, el interrogante de la Sala, no puede ser otro que si era la intención de la administración desvincular al demandante, es inconcebible la reunión de solicitud de renuncia, las presiones indebidas para el cambio, las promesas de continuar en el cargo, cuando era más factible acudir a la figura de la declaratoria de insubsistencia. Unido también al hecho que cuando se acepta la renuncia, no tenían una persona en concreto para ocupar el cargo a fin de probar el mejoramiento del servicio: hace, por el contrario, un nombramiento provisional de una funcionaria que estaba ocupando el cargo de asesor jurídico de la entidad.

(...)

De esta manera, resulta claro, además, que el componente coercitivo o la confianza legítima en seguir en el cargo por la promesa realizada, influyó en el quebranto de la voluntad del actor, por lo que se vio, primeramente, compelido a renunciar, y en segundo lugar, a esperar el nombramiento, el que no fue posible al aceptar la renuncia y encargar a una persona, que si bien era abogado no tenía la suficiente experiencia para desempeñarse en el cargo y la aptitud para ejercerlo de inmediato.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado en la sentencia referenciada ha dicho:

‘La renuncia va precedida de un motivo, expreso o no, no es esta circunstancia la que vicia la aceptación, sino el hecho de que ese motivo haya sido gestado por la entidad con el fin de quebrar el libre arbitrio y provocar el retiro del empleado. No es suficiente, ni siquiera, la simple insinuación que haga el nominador de presentar la dimisión; es necesario que se evidencie un componente coercitivo que permita concluir que el fuero interno del empleado fue invadido de tal manera que su capacidad de decisión se ve truncada, al punto que indefectiblemente se ve compelido a renunciar’

De modo que, no fue una simple solicitud o insinuación de renuncia al demandante, si se aceptara que ejerce funciones de dirección, manejo y confianza, sino, por el contrario, forzada indebidamente, lo cual contradice la posición jurisprudencial que la facultad obedece a la oportunidad que la ley otorga a los nominadores de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos.

Es de destacar, en este tema, sobre la transparencia al solicitar la renuncia protocolaria, puesto que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en afirmar que:

‘Además, el hecho de que la renuncia hubiese sido solicitada por el nominador corresponde a una potestad del mismo quien puede decidir oportunamente al empleado de tener una salida decorosa del cargo de libre nombramiento y remoción, pues formal y socialmente se considera inadecuada la declaratoria de insubsistencia de los empleados de los altos cargos’.

Sin embargo, la situación cambia al aceptar la postura jurisprudencial del [sic] Sección Tercera del Consejo de Estado, al diferenciar la calidad de los cargos de libre nombramiento y remoción, debido a que en su interpretación, acorde con los postulados de la Sección Segunda¹⁷, ha

guardado una posición firme en relación con la renuncia a los cargos de libre nombramiento y remoción, para lo cual ha señalado, después de un recorrido en la jurisprudencia de la Sección Segunda, tal como se evidencia en este proveído, lo siguiente:

‘De lo transcrito se advierte que en el evento de una renuncia a un cargo como los de libre nombramiento y remoción, aquella no puede estar precedida de una insinuación, sugerencia, solicitud o petición previa que le ordene al funcionario presentar la dimisión, toda vez que se estaría afectando la libertad y espontaneidad que una decisión de este tipo conlleva.

Si bien, es cierto que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha aceptado que en los cargos que hacen parte del nivel directivo como ministros, jefes o directores de departamentos administrativos, superintendentes, secretarios generales, entre otros, la insinuación para presentar la renuncia por parte del nominador no es violatoria de ley pues es un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, no se puede desconocer que en el asunto sub examine el cargo de Asistente Grado IV no ostentaba las características de uno de tipo directivo, de allí que, la solicitud expresa realizada por el Representante a la Cámara para que su empleada renunciara, no le es aplicable el supuesto descrito’

En efecto, es preciso reiterar que la renuncia es una forma legítima de desvinculación del servicio, de acuerdo al régimen aplicable para los empleados de las Unidades de Trabajo Legislativo de la Cámara de Representantes, sin embargo, era preciso que la misma no estuviera precedida por una solicitud expresa del superior jerárquico que lo forzara, obligara o presionara a presentarla’.

En esta misma providencia la Sección Tercera indica que el nominador tiene la opción legal de retirar del servicio, sin ninguna formalidad y en aplicación a la facultad discrecional, a la persona nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, pero advierte que si bien la decisión está inspirada en razones de interés general, el acto lleva implícita la presunción de legalidad, que admite prueba en contrario.

Entonces, a la luz de esta postura jurisprudencial, si tenemos en cuenta la naturaleza del cargo que ocupaba el demandante es indudable que la petición o insinuación de la renuncia es un acto ilegal, causal suficiente para anular el acto administrativo, pero si, en gracia de discusión se admite la connotación de cargo directivo, la presión indebida es suficiente como prueba en contrario a la presunción de legalidad del acto administrativo, lo cual aleja del concepto de renuncia protocolaria.

De esta manera, las características del cargo (subdirector, sin grado sumo de confianza y manejo en la Empresa de Prestación de Servicios de Energía), en la atención de quejas a usuarios y a dependencia absoluta frente al Director de la respectiva unidad, no le imprimen nota alguna de Dirección, Confianza y Manejo y, por lo tanto, la simple insinuación de renuncia es altamente contraria a derecho.

En este fallo, por lo demás, anuncia el Consejo de Estado que la petición de renuncia, sea en reunión o escrita en el sentido que plantea, es una actuación gravemente culposa” (negrillas propias).

Según se mira de los apartes transcritos, el Tribunal enjuiciado apeló a la jurisprudencia de la Sección Segunda para decir que, a pesar de la facultad que tiene el nuevo nominador para conformar su equipo de trabajo, la renuncia que no es libre y espontánea está viciada de nulidad, y que ello, a su juicio, fue lo que sucedió en el *sub examine*, pues la del señor Leonel Antonio Jurado Cordero no se debió a una simple solicitud o insinuación, sino que estuvo acompañada de un “competente coercitivo” y de la violación a “la confianza legítima en seguir en el cargo”, en la medida en que la presentó bajo esa promesa de continuidad; sumado al hecho de que presuntamente no la administración ni siquiera tenía listo su reemplazo cuando aceptó la renuncia.

Posteriormente se refirió a la jurisprudencia de la Sección Tercera para explicar que la libertad que tiene el nominador para pedir renuncias protocolarias está limitada a los empleados de libre nombramiento y remoción de “dirección, confianza y manejo”, y no resulta aplicable a los que, pese a ser de libre nombramiento y remoción, no son de “dirección confianza y manejo”.

Se observa, entonces, que fueron dos las razones empleadas por el Tribunal, una fundada en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado; y otra, basada en un pronunciamiento de la Sección Tercera. Entre la aplicabilidad de uno u otro criterio pululan los contendientes del presente trámite constitucional de amparo.

Pues bien, lo primero que se debe acotar es que acierta el Tribunal Administrativo de Arauca cuando señala que es criterio reiterado de la

Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁸ el considerar que (i) la solicitud o insinuación de la renuncia a los empleados de libre nombramiento y remoción, en sí misma, no constituye causal de nulidad, pues es una facultad que tiene el nominador para conformar su equipo de trabajo; (ii) la renuncia protocolaria le permite al servidor público terminar su vínculo laboral de una forma decorosa, al evitar la declaratoria de insubsistencia; (iii) la renuncia debe ser libre y espontánea.

Para la Sala, la autoridad judicial enjuiciada tomó en consideración tales aspectos, ya que a partir de ellos fue que concluyó que se presentó la desviación de poder; figura que no se opone a la facultad discrecional del nominador que, ejercida a través de actos administrativos, no escapa al control de legalidad que recae sobre los eventuales yerros que en ellos se configuren.

En caso de aristas similares al sub examine, dicha Sección precisó:

“Así las cosas, el hecho de insinuar la renuncia no evidencia, por sí mismo, un ánimo mal intencionado o desviado de la Administración por retirar al actor, pues se resalta, el mecanismo de la insinuación de la renuncia, obedeció más bien, como lo ha sostenido la Jurisprudencia, a evitar la declaratoria de insubsistencia.

Ahora bien, lo que en realidad demostraría un uso desviado, es que se hubiese nombrado a personas con inferiores calidades a las exigidas o, que se haya menoscabado el servicio público; pero en el presente caso, no se evidenció ninguna de las dos.

En igual sentido, para que esta causal pueda tenerse como un vicio del acto de insubsistencia discrecional, las probanzas deben ser suficientes y contundentes que no den lugar a la duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio; o de que su reemplazo generó, una desmejora del servicio público.

Por ende, si bien la desviación de poder está llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también es cierto, que el acto por medio del cual fue declarado insubsistente el actor, no adolece de esta causal de nulidad en tanto obedeció a los fines generales y de interés público; es decir, que lo que buscó la nominadora en uso de su facultad discrecional, fue mejorar el servicio público”.

Así, para la Sala, que el Tribunal pudiera concluir que la solicitud y posterior aceptación de la renuncia del actor no buscara el mejoramiento del servicio y que fuera ajena a los fines que inspiran este tipo de facultad discrecional no constituye un desconocimiento del precedente de la Sección Segunda de la Corporación; otra cosa es que, en efecto, las probanzas del proceso le permitieran, en el caso concreto, entender que sobrevino dicha irregularidad, lo cual no resulta pertinente examinar en el presente capítulo, sino en el concerniente al defecto fáctico planteado.

No sobre advertir que tal argumento, desde el punto de vista del silogismo jurídico que entraña la sentencia acusada, en principio –partiendo de que los hechos estén debidamente probados–, resultaba suficiente para declarar la nulidad del acto acusado.

No obstante, el Tribunal Administrativo de Arauca decidió ir más allá y cuestionar el acto de aceptación de renuncia a partir del entendimiento que le dio a la jurisprudencia de la Sección Tercera. Y en ese ejercicio concluyó que cuando los cargos son de libre nombramiento y remoción, pero sin “*dirección, confianza y manejo*”, no es procedente la solicitud de renuncia protocolaria.

Dentro de ese contexto, que la solicitud al señor Leonel Antonio Jurado Cordero también era ilegal por cuanto el cargo que desempeñaba no era de aquellos que entrañaban funciones de esta naturaleza.

Empero, es lo cierto que, al margen de la validez que pueda tener tal aserto, no era apropiado que la referida autoridad judicial acometiera tal estudio, básicamente, porque con ello desbordó los límites de congruencia que emanaban de la apelación interpuesta contra la sentencia contenciosa de primera instancia.

Al resumir las razones presentadas por el apelante en esa instancia, señor Leonel Antonio Jurado Cordero, el Tribunal precisó:

“Expresa, que no está en discusión, ni es motivo de la demanda determinar la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante, que lo importante es determinar que la renuncia presentada no reviste la calidad de espontánea y voluntaria”

Por su parte, en el escrito que sustentó la alzada del mencionado demandante en vía contenciosa se manifiesta:

“1.- El A-quo a[1] hacer un recuento legal de la clasificación, de los empleos públicos en Colombia, a fin de determina LA NATURALEZA DEL CARGO DE SUBDIRECTO DE PETICIONES, QUEJAS Y RECURSOS Y COMUNIDADES DE LA ENTIDAD DEMANDADA, CARGO DESEMPEÑADO POR MI MANDANTE, conforme a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, concordante con la Ley 909 de 2004, Ley 1093 de 2006, y la normatividad interna de la demandada, normas vigentes al momento en que el señor Jurado Cordero se vinculó a la Empresa de Energía de Arauca, concluyendo lo siguiente:

‘... Que el empleo de Subdirector de Peticiones, Quejas, Recursos y Comunidades, Código 068, que venía desempeñando el doctor LEONEL ANTONIO JURADO CORDERO al servicio de la Empresa de Energía de Arauca, para la época en que se presentó la renuncia, se exceptuaba del régimen de carrera dado que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción, se encontraba adscrito a la DIRECCIÓN COMERCIAL y cumplía funciones de dirección, confianza y manejo...’

Y es que esto, no está en discusión, ni es motivo de la demanda determinar la naturaleza del cargo desempeñado por JURADO CORDERO, pues para ello se adjuntó desde la presentación de aquella, el acto administrativo (resolución número 484 del 1 de octubre de 2009) por medio del cual se le designa; en ella, claramente se señala que se trata de un nombramiento de un empleado público de libre nombramiento y remoción

(...)

Así, en este caso, las circunstancias legales que permiten acceder a las súplicas de la demanda, encuadran en lo hasta aquí señalado: el señor LEONEL ANTONIO JURADO CORDERO, ocupó un cargo de aquellos clasificados en los de libre nombramiento y remoción, lo que hizo por un periodo de tiempo de casi dos años, mostrando su compromiso y entrega con la entidad misma y con las comunidades a quienes les tocaba servir, pero que por decisiones de carácter partidista o arbitrarias, más que legales, debió presentar su renuncia para ser retirado del servicio, pese a su voluntad de permanecer en él, como bien indicó en aquella (su renuncia) y que fuera exigida por parte de la nueva administración” (negritas del texto original).

En ese orden de cosas, no le era dable el Tribunal cuestionar un asunto sobre el cual existía acuerdo entre las partes; máxime si con ello privó a la Empresa de Servicios Públicos de presentar su defensa en relación con la naturaleza del cargo en cuestión.

Ello conlleva, sin lugar a dudas, encuadra en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado como defecto procedimental absoluto. Empero, en este caso, tal irregularidad no tiene la entidad suficiente para enervar el sentido de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Arauca, toda vez que, se insiste, antes de extralimitarse con tal argumento, ya había presentado otras razones que, por lo menos desde el punto de vista formal, alentaban la declaratoria de nulidad del acto administrativo de aceptación de renuncia, lo cual, de contera, torna inane cualquier examen de un defecto sustantivo por aplicación indebida de la jurisprudencia de la Sección Tercera.

2.6.2. Defecto fáctico

El apoderado de la empresa tutelante cuestiona la valoración probatoria realizada por el Tribunal acusado, mientras que esté último junto con el tercero con interés defienden la valoración probatoria contenida en el fallo enjuiciado y la contundencia de las pruebas arrojadas al plenario de la nulidad y restablecimiento del derecho para demostrar la ilegalidad del acto administrativo que aceptó la renuncia controvertida.

Al respecto, los cuestionamientos del libelista se resumen tal y como a continuación se muestra:

En relación con el Testimonio de Ana María Calderón: (i) no era de libre nombramiento y remoción, pues se desempeñaba como

repcionista; (ii) su declaración fue tergiversada y no se valoró de manera integral, además de no ser clara y precisa sobre los hechos centrales de la controversia; (iii) su dicho son puras suposiciones, que no permiten corroborar las supuestas presiones políticas de la gerencia de la entidad.

· En relación con el Testimonio de Diana María López: (i) su declaración fue tergiversada y no se valoró de manera integral, además de no ser clara y precisa sobre los hechos centrales de la controversia; (ii) dice que el pedido de renuncia fue “amable”, lo cual descarta la coacción argüida por el Tribunal; (iii) las razones políticas detrás del pedido de renuncia son un “rumor”; (iv) no dijo haber estado con el señor Jurado Cordero en la reunión en la que se solicitó su renuncia.

· En relación con el Testimonio de Nelsa Liliana Camejo Baquero: (i) su declaración fue tergiversada y no se valoró de manera integral, además de no ser clara y precisa sobre los hechos centrales de la controversia; (ii) era judicante y su vinculación se dio por un contrato de prestación de servicios; (iii) tampoco presenció hechos constitutivos de coacción al demandante en vía contenciosa; (vi) su dicho lo estructura en “rumores de pasillo”.

· No existe ninguna prueba en el plenario que demostrara la supuesta promesa de continuidad en el cargo al señor Leonel Antonio Jurado Cordero a cambio de su renuncia protocolaria.

· Su nivel académico le permitía comprender las consecuencias de presentar la renuncia, con lo cual se descarta que haya sido quebrantada la confianza legítima que tenía en la entidad de no ser desvinculado.

· No se valoró la Resolución No. 166 de 31 de diciembre de 2012, mediante la cual el Secretario de Educación de Bogotá concede una comisión de servicios al señor Oscar Rubiano Parra, y con la que se prueba que el remplazo del señor Jurado Cordero fue designado al día siguiente de la aceptación de la renuncia.

En relación con la valoración de los testimonios, en buena parte, asiste razón al peticionario, en la medida en que muchas de las declaraciones que se transcriben en la tutela, y con igual contenido en la providencia enjuiciada son del siguiente tenor:

“[Ana María Calderón] (...) se pidieron renuncias a los funcionarios y al parecer es porque no eran de la misma corriente política, (...) El Gobierno que inició es de un partido diferente al gobierno que estaba y tengo entendido que ese fue el motivo para pedir las renuncias.

[Nelsa Liliana Camejo Baquero] (...) fuimos estigmatizados y por lo que se escuchaba en los pasillos de la empresa era que todo lo que olera a CAMBIO RADICAL se iba de la empresa” (fl. 819-821 cdno n.r.) (negrillas propias).

Es cierto que muchas de esas expresiones, a primera vista se entienden especulativas. Sin embargo, no son las únicas que se extraen del análisis del fallador contencioso de segunda instancia.

También se destacan algunos apartes de la testigo Diana María López, en las que manifiesta con vehemencia que sí hubo una reunión en la que se pidieron renuncias y que en ella estaban todos los empleados de libre nombramiento y remoción:

“... en cuanto a la desvinculación pues a nosotros a todos los funcionarios de libre nombramiento y remoción nos citaron en la oficina de gerencia donde estaba un asesor del gobernador, el Dr. Alejandro Sarmiento como gerente encargado, estaba también el señor William Reyes y el Dr. Alejandro Sarmiento nos da de parte del Gobernador el señor Facundo Castillo un mensaje donde nos dice que sin ánimo de persecuciones políticas nos solicitan a todos la carta de renuncia protocolaria que esto no significa que nos fueran a despedir de nuestro cargos y que podíamos estar tranquilos por eso de hecho mi carta de renuncia la hice motivada en el mensaje que nos dio a conocer el ingeniero Alejandro Sarmiento la cual fe aceptada y con visto bueno de él (...) por lo anterior puede decir que el despido o la aceptación de la carta de renuncia del doctor Jurado fue por el mismo motivo que salimos todos en su momento y fue por razones políticas.

(...)

El doctor Alejandro Sarmiento nos solicitó a todos los funcionarios de libre nombramiento y remoción la renuncia protocolaria de manera amable y manifestando que esto no se hacía de ninguna manera con fines de persecución ni para que fuéramos a estar preocupados de ir a perder un empleo que teníamos.

Sé que el señor LEONEL JURADO motivó su carta de renuncia protocolaria de acuerdo al mensaje dado por el señor Gobernador a través del doctor Alejandro Sarmiento...” (fls. 820-821 cdno n.r.) (énfasis del texto original)

Para el Tribunal, los testimonios fueron lo suficientemente claros sobre la existencia de la reunión y de la promesa de que las renunciaciones pedidas no se harían efectivas, lo cual es propio del resorte y autonomía del juez natural.

Independientemente de que la Sala pueda compartir o no la conclusión de *ad quem* contencioso, valorar la prueba era una labor propia de aquel, y no se advierte arbitrariedad o capricho alguno en la que se efectuó; máxime que estuvo acompañada de los motivos para considerar que tales testimonios merecían ser considerados, habida cuenta que habían sido desestimados por el *a quo* de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el particular, en la sentencia objeto del reparo constitucional se dijo:

“En el caso concreto, el Gerente encargado de ENELAR E.S.P., efectivamente reunió a todos los funcionarios que estaban ocupando los cargos de libre nombramiento y remoción y los de contratos de prestación de servicios, con la promesa de volverlos a nombrar, les solicitó la renuncia, aunque los testigos informa que había acoso por motivos políticos. Estos son los hechos o supuestos fácticos, probados, no solamente de lo que se deduce de la carta de renuncia del actor, sino de la prueba testimonial, la que fue rechazada por la primera instancia, sin que la Sala comparta dicha decisión, habida cuenta que son las personas llamadas a testificar sobre hechos de los cuales fueron protagonistas y los que coinciden en sus afirmaciones” (fl. 825 cdno r.d.)

Ahora, más allá de lo anterior, es lo cierto que la conclusión de dicha autoridad judicial consultó además, como lo sugiere el citado texto, otros elementos de prueba que no fueron puestos de presente por el libelista y que permiten descartar la existencia de un defecto fáctico, en los términos que se proponen en la tutela. Como muestra de ello, resalta la carta de renuncia del señor Leonel Antonio Jurado Cordero, transcrita así:

“Teniendo en cuenta la reunión realizada el día de hoy en la cual fue solicitada a todo el personal que estamos vinculados en la modalidad de libre nombramiento y remoción, la renuncia protocolaria (...).

(...) considero que puedo seguir coadyuvando en este nuevo proceso con la administración entrante (...).

(...) Reiterarle mi voluntad de acompañarlo y apoyarlo” (fl. 823 cdno n.r.).

En similar sentido, se observan apartes de la renuncia presentada por la señora Diana María López, que ora:

“En atención al asunto de la referencia y teniendo en cuenta las directrices del señor gobernador dadas a conocer por usted en la reunión del día de hoy, me permito (...)” (fl. 822 cdno n.r.)

Y por si esto no fuera suficiente se da alcance al hecho quinto de la contestación de la demanda contenciosa de la Empresa de Servicios Públicos, plasmado de la siguiente forma:

“No obstante los matices que se quiere colocar a la RENUNCIA que presentó el señor JURADO CORDERO, y la de la Secretaría General [sic], la

misiva protocolaria fue también presentada por todos los empleados de libre nombramiento y remoción que se encontraban nombrados en cargos de Directores, Subdirectores y Asesores (...)" (fl. 823 cdno n.r.)

Luego, no cabe duda de que la decisión del Tribunal censurado contó con todo el respaldo probatorio del caso para concluir que se pidió una renuncia el señor Leonel Antonio Jurado Cordero con la promesa de que no se iba a hacer efectiva, y que esto, para dicho operador judicial, vició la legalidad del acto administrativo por medio del cual le fue aceptada.

Algo similar ocurre con la Resolución No. 166 de 31 de diciembre de 2012, mediante la cual el Secretario de Educación de Bogotá concede una comisión de servicios al señor Oscar Rubiano Parra, y con la que presuntamente se prueba que el remplazo del señor Jurado Cordero fue designado al día siguiente de la aceptación de la renuncia.

Al respecto, de la sentencia de 28 de mayo de 2015, que se ataca por vía de tutela, dentro de la relación de evidencias que obran en el plenario contencioso, se lee:

"Anexo a la Resolución de nombramiento del titular se adicionó la hoja de vida del doctor OSCAR RUBIANO PARRA, del [sic] que se puede verificar que era docente de tiempo completo en propiedad, adscrito a la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, y para poder ejercer el cargo en la empresa ENELAR E.S.P., tramitó la respectiva comisión, la que fue aprobada mediante Resolución 166 del 31 de enero de 2012 (folios 57 y 58, del cuaderno principal), por lo que se supone que su entrada al nuevo cargo (posesión) fue en el mes de febrero, tal como se constata en el acta de posesión a folio 34 del cuaderno principal.

De esta manera, la aceptación de la renuncia del demandante hizo posible el nombramiento del funcionario provisional, la búsqueda del funcionario titular, su nombramiento y posesión posterior" (fl. 824 cdno n.r.) (negritas propias).

Ergo, resulta palmario que el documento cuya apreciación echa de menos el apoderado del ente tutelante sí fue tenido en cuenta por el Tribunal; cosa distinta es que no le hubiera dado el alcance que esperaba, pues, su entendimiento del mismo le permitió concluir, más bien, que entre la aceptación de la renuncia del señor Leonel Antonio Jurado Cordero y la posesión de su reemplazo transcurrió un plazo significativo.

Ahora, independientemente de que tal inferencia pudiera o no resultar cuestionable, esta no desaparece ni logra derruir el otro aserto sobre el cual reposa la providencia enjuiciada, cual es la ilegalidad que se hizo devenir de la promesa de continuidad ofrecida a aquel funcionario.

Por lo tanto, aun bajo el supuesto de recaer sobre la Resolución No. 166 de la referida Secretaría de Educación Distrital, ello no tendría ninguna incidencia definitiva en el sentido de la decisión de nulidad y restablecimiento del derecho adoptada en el trámite de la segunda instancia, razón por la cual, el cargo analizado en el presente acápite tampoco está llamado a prosperar.

En ese orden de ideas, contrario a lo que concluyó el *a quo* del presente trámite constitucional, es claro que lo pretendido con la tutela es reabrir el debate judicial ordinario y, de esta forma, propiciar una tercera instancia, lo cual le está vedado permitir a la Sala; razón por la que revocará el fallo de 10 de febrero de 2016, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante para, en su lugar, denegar la solicitud de tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el fallo de 10 de febrero de 2016, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante para, en su lugar, DENEGAR la solicitud de tutela presentada por la EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA – ENELAR E.S.P. a través de apoderado.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Debidamente facultado (fl. 13-20).

2 Mediante petición de amparo presentada el 22 de septiembre de 2015 y escrito de “modificación y adición” de 19 de octubre de 2015.

3 Abogado especialista en Derecho Administrativo.

4 Para respaldar su dicho, el libelista transcribió apartes de los testimonios y de la comisión de servicios arriba mencionados, los cuales la Sala se abstiene de transcribir en este acápite por ser propio de la resolución del caso concreto.

5 Referenciada así por el libelista: C. P. Gerardo Arenas Monsalve, exp. No. 25000-23-25-000-2003-04732.

6 Referenciada así por el libelista: C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

7 Referenciada así por el libelista: C. P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. 0322-2005.

8 Referenciada así por el libelista: C. P. Enrique Gil Botero, exp. No. 11001-03-26-000-2003-00037-01.

9 Ver nota 15.

10 Para tal propósito el recurrente citó apartes de los 3 testimonios que también había referenciado la parte tutelante en el libelo genitor del presente trámite constitucional de amparo y se refirió al valor que debía dársele; lo cual la Sala se releva de transcribir, en este punto, por hacer parte del examen del caso concreto.

11 Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

12 El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

13 Ídem.

14 Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

16 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

17 Transcrito así: *"Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de fecha doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009, radicación número: 25000-23-25-000-2001-03044-01 (1438-07), actor: Jairo Omar Tovar Niño"*.

18 Así lo enseñan, entre otras, las sentencias de: (i) 12 de julio de 2012, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. No. 05001-23-31-000-1998-02319-01; (ii) 30 de marzo de 2011, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. No. 76001-23-31-000-2002-0

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:21:06