

REPUBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE CUCUTA**

ACCION DE TUTELA

RADICADO N° 54001-4003-003-2020-00320-00
Cúcuta, Catorce (14) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

Procede el Despacho a decidir la presente ACCION DE TUTELA instaurada por el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ Y ARNLFO JOSUE SANCHEZ SANCHEZ, en contra del MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA representado legalmente por el señor Alcalde JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ y el INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – IMRD por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra, a la vida en conexidad con la salud, trato digno, libertad de conciencia, debido proceso administrativo, al trabajo, mínimo vital y móvil y derechos políticos.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

Expresa en síntesis el accionante que el día 03 de agosto de 2018, mediante el Decreto Municipal N° 0765 del mismo año, fue nombrado en el cargo de Director de la entidad descentralizada INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE – IMRD de esta ciudad, por parte de la Junta Directiva de esa entidad y con fundamento en sus estatutos.

Señala que el día 10 de julio de 2020, en reunión ordinaria de la Junta Directiva del IMRD, se consideró la proposición de removerlo o no de su cargo, dando como resultado la no remoción del mismo; decisión que no ha sido objeto de recurso alguno.

No obstante lo anterior, indica que el día 31 de julio de 2020, el señor Alcalde de la ciudad de Cúcuta, JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ, mediante el Decreto Municipal N° 0204 de 2020, ordenó declararlo insubsistente del cargo ocupado, en su consideración, de manera contraria a la ley.

Aunado a ello, manifiesta que mediante el artículo 2° del precitado decreto, equivocadamente se designó a la Dra. ADELIA RINCION TORRES como directora encargada del IMRD mientras se provee la vacancia de manera definitiva, toda vez que ello sería contrario al procedimiento establecido en los estatutos de esa entidad para proveer dicho cargo.

De otra parte, argumenta que el señor Alcalde JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ, a través de una red social, con base en la decisión proferida, realizó manifestación en contra de su honra y honor, al señalarlo de ejercer un manejo inadecuado de los recursos públicos.

Relata, que el día 31 de julio de 2020, aun en su condición de Director del IMRD, asistió y participó como invitado en una sesión de debate que fuese llevada a cabo en las instalaciones del Concejo Municipal de Cúcuta, sin haber sido notificado de su insubsistencia, enterándose de la misma al día siguiente a través de las redes sociales donde fuese publicado un “comunicado a la opinión pública” de la Junta Directiva del IMRD donde señalan al señor Alcalde de extralimitación y/o usurpación de las funciones propias de esa Junta por este hecho.

Finalmente informa que el día 03 de agosto, fue informado de que el día viernes 31 de julio, a las 7:59 p.m. había sido remitida la comunicación de su insubsistencia al correo electrónico institucional del IMRD, aun cuando el horario administrativo finaliza a las 6:00 p.m.

Debido a lo anteriormente descrito, considera se le está vulnerando su derecho fundamental al buen nombre y honra; así como su derecho a la igualdad al presumir que el motivo de su remoción del cargo deviene por pertenecer a un grupo político diferente al que hace parte el actual alcalde de la ciudad; su derecho al mínimo vital y móvil por ser este su proyecto de vida desde que asumió el cargo de director del IMRD viéndose privado de continuar recibiendo la asignación salarial devengada; su derecho al trabajo y acceso a funciones y cargos públicos toda vez que fue declarado insubsistente de forma arbitraria desconociéndose su gestión positiva; su derecho al debido proceso administrativo toda vez que hasta la fecha considera no ha sido notificado personalmente del acto administrativo en cuestión al desconocerse los preceptos legales para este fin contenidos en la Ley 1147 de 2011 y el actual decreto 491 de 2020.

Sumado a ello considera se le está vulnerado su derecho fundamental a la vida en conexidad con el derecho a la salud, por cuanto manifiesta la necesidad de recibir intervención quirúrgica denominada fistulectomía perianal, la cual no se ha podido llevar a cabo bajo el criterio de su EPS de evitar el riesgo de infección y contagio al deberse desplazar a otra ciudad, diagnóstico que el día 03 de marzo de 2020 puso en conocimiento de la Junta Directiva del IMRD, al actual Alcalde y su asesor jurídico, quienes le manifestaron que debía continuar en el cargo de director del IMRD hasta que se le realice el procedimiento quirúrgico, sin embargo, esta situación fue desconocida al momento de expedir el acto administrativo que declaró su insubsistencia.

2. PRETENSIONES

Solicita la accionante que se tutelen sus derechos fundamentales invocados, ordenando dejar sin efectos jurídicos el Decreto 0204 del 31 de julio de 2020, compulsando copias de la actuación ejercida por el señor Alcalde JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ y su asesor jurídico externo, a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura.

3. TRAMITE

Habiendo correspondido por reparto la Acción de Tutela a este estrado judicial, mediante auto de fecha 04 de agosto de 2020, resolvió ADMITIR la Acción de Tutela contra del MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA representado legalmente por el señor Alcalde JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ y el INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – IMRD.

Asimismo, para garantizar el derecho de defensa, tanto para adoptar o controvertir pruebas, como lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política, se ordenó oficiar a dichas entidades mencionadas solicitándoles información y la documentación necesaria para resolver la presente acción constitucional, vinculando en el contradictorio a la JUNTA DIRECTIVA del INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE CÚCUTA - IMRD, Dra. ADELIA RINCON TORRES en su condición de Directora encargada del INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE CÚCUTA – IMRD, y a su vez solicitando información necesaria a la EPS SANITAS, a la IPS IGHO SAS, a la ARL POSITIVA, al FISCALIA GENERAL DE LA NACION y al CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOSE DE CUCUTA.

4. TRASLADO Y CONTESTACIÓN

Habiéndose cumplido con la debida notificación de los involucrados, se tiene que:

MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA

Frente a los hechos informó al despacho que, es cierto que el Alcalde Municipal expidió el decreto municipal N° 0204 del 31 de julio de 2020 mediante el cual se declaró la insubsistencia del cargo de Director del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte IMRD, facultado constitucional y legalmente como nominador para nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, conforme al numeral 3° del artículo 315 de la Constitución Política y el decreto 1083 de 2015.

Manifiesta que la Junta Directiva del IMRD mediante el Acuerdo N° 11 del 30 de diciembre de 2019, previo al inicio de la actual administración municipal reformó los estatutos internos de este establecimiento público descentralizado, otorgando a dicha Junta, en su consideración, de manera inconstitucional e ilegal la facultad de remoción y designación interina del Director encargado mientras subsista vacante definitiva, toda vez que contraria la precitada normativa.

Por lo anterior aduce que no existió abuso del cargo, ni exceso en el ejercicio de sus funciones ni actuación arbitraria por parte del Alcalde municipal con la expedición del acto administrativo de remoción del accionante, ya que se hizo con respeto a la constitución y la ley, en el marco de su competencia y funciones.

En cuanto a la presunta vulneración al debido proceso por falta de notificación del acto administrativo en cuestión, señala que los actos administrativos de retiro del servicio de empleados de libre nombramiento y remoción no se notifican y por tanto carecen de recursos, toda vez que los mismos son de ejecución por tanto comunicativos y no de notificación, así mismo, teniendo en cuenta el decreto 491 de 2020, dicha comunicación se realizó de manera electrónica, por ello discurre no haberse menoscabado este derecho fundamental del accionante.

De otra parte, indica que, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción, el servidor puede ser separado libremente del cargo por cuanto la competencia para ejercer esta remoción es discrecional, es decir, sin motivación de la providencia, conforme a la Ley 909 de 2004 y cuando la autoridad nominadora se haya persuadido de su conveniencia y oportunidad.

En cuanto a la presunta vulneración de su derecho fundamental a la vida en conexidad con la vida, argumenta que la salud del accionante no impidió el normal desarrollo de su actividad labora por cuanto se mantuvo activo en el cargo desempeñado hasta su retiro, asistiendo inclusive a sesiones del Concejo de Cúcuta durante las últimas semanas, aunado a ello no acredita que la enfermedad alegada le impida el normal desarrollo de sus funciones.

Frente a la presunta afectación del derecho fundamental al buen nombre y su honra, afirma estarse a lo que procesalmente se acredite y sobre ello se decida.

Concluye que el trámite de la presente acción de tutela debe ser declarado improcedente al no haber acreditado una condición de debilidad manifiesta ni la existencia de un perjuicio irremediable, siendo estos los requisitos de procedencia de la acción como mecanismo transitorio para controvertir actos administrativos, señalando la existencia de la acción ordinaria ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE CÚCUTA

ADELIA RINCON TORRES en su condición de Directora Ejecutiva encargada de esa entidad realizó una breve descripción concerniente a la creación de ese Instituto Municipal como entidad descentralizada y en lo que respecta al objeto de la presente acción señaló que la misma resulta improcedente toda vez que es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la encarga de absolver los cuestionamientos frente a la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, existiendo de esta manera un mecanismo idóneo para la protección de los derechos aludidos por el accionante, solicitando por ello se declare dicha improcedencia.

CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA

NELSON OVALLES AGUDELO en su calidad de Presidente de la Corporación Concejo Municipal de San José de Cúcuta, informó a este despacho judicial que el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUELAS, efectivamente participó en la sesión plenaria como fuese indicado en sus argumentos.

Para lo anterior allegó, adjunto a su escrito de contestación, certificación de que el accionante asistió el día 31 de julio de 2020, a la Clausura del período de sesiones ordinarias del Concejo Municipal, según invitación que se cursara a todos los secretarios de despacho e institutos descentralizados a través de la secretaría general del municipio.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Informó que una vez consultado el Sistema de Información Misional SPOA, no se halló investigación penal por los hechos expuestos en el libelo de tutela, por lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia al señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUELAS, se dio apertura de la Noticia Criminal N° 540016001131202003790 por el delito de Calumnia art. 221 C.P, siendo asignada a la Fiscalía Dieciocho Local de la Unidad de Alertas e Intervención Temprana de Entradas.

EPS SANITAS

Informó al despacho que el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS se encuentra afiliado en esa EPS, ACTIVO en calidad de cotizante dependiente con los empleadores INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE y la UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, con un total de 179 semanas de antigüedad, que le fue expedida incapacidad médica por enfermedad general de 10 días en el período comprendido entre el 17 de marzo y 26 de marzo de 2018; que actualmente no se evidencia radicación de soportes por concepto de incapacidades y/o licencias.

Indicó que el accionante no registra proceso de calificación de origen, concepto de rehabilitación, ni remisión a AFP para calificación de la pérdida de la capacidad laboral, ni se encuentra pendiente trámite alguno por parte del área de medicina laboral.

INSTITUTO DE GASTROENTEROLOGIA Y HEPATOLOGIA DEL ORIENTE S.A.S

Informó al despacho que el día 18 de febrero de 2020, en virtud de orden generada y autorizada por la EPS SANITAS, se brindó atención al accionante LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS, en la que se le ordenó cirugía de Fistulectomía perianal, exámenes de laboratorio prequirúrgicos y valoración por anestesiología.

Señaló que dicho procedimiento quirúrgico no ha sido realizado con razón a que "no es procedente programar procedimientos electivos a personas que no residan en la

misma ciudad debido a la actual pandemia, teniendo en cuenta que el riesgo de infección por covid-19 aumenta significativamente en el traslado”.

Finalmente indicó que no ha expedido incapacidad alguna en favor del señor SANCHEZ DUEÑAS como quiera que el procedimiento en mención no se ha llevado a cabo.

ARL POSITVA

Notificadas estas entidades vinculadas el día 04 de agosto del presente año mediante oficio No. 03061, no rindieron el informe solicitado, guardando absoluto silencio en cuanto a los hechos y pretensiones del accionante.

Ahora bien, al verificarse los requisitos de procedibilidad de la acción, el cumplimiento del debido proceso y la no violación al derecho de defensa, se entra a resolver previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DE LA ACCION

El artículo 86 de la constitución política dispone que la acción que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales. Vía judicial, residual y subsidiaria¹, que se caracteriza igualmente por ofrecer una protección inmediata y efectiva² en ausencia de otros medios ordinarios de defensa, o en presencia de estos, cuando se tramite como mecanismo transitorio de defensa judicial para evitar un perjuicio irremediable³.

2. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Procedencia de la acción de tutela para la protección constitucional de los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad personal. Reiteración jurisprudencial

El carácter subsidiario de la acción de tutela “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.”

Bajo ese entendido, aunque el ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos diferentes a la tutela, como la acción penal, para obtener la protección de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad personal, esta Corporación ha establecido que la simple existencia de una conducta típica que permita salvaguardar dichos derechos fundamentales, no es un argumento suficiente para deslegitimar por sí sola la procedencia de la acción de tutela, toda vez que: *“(i) aunque la afectación exista y sea antijurídica, se puede configurar algún presupuesto objetivo o subjetivo que excluya la responsabilidad penal, lo cual conduciría a la imposibilidad de brindar cabal protección a los derechos del perjudicado; (ii) la víctima no pretenda un castigo penal, sino solamente su rectificación; y (iii) la pronta respuesta de la acción de tutela impediría que los efectos de una eventual difamación sigan expandiéndose y prologándose en el tiempo como acontecimientos reales y fidedignos.”*

Regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, específicamente para obtener el reintegro.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de tutela no es procedente, como regla general, para controvertir actos administrativos, toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos, deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, en criterio de la Corte la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de

1 Ver entre otras, Sentencia T-827 de 2003, T-648 de 2005 y T-015 de 2006

2 Ver entre otras, Sentencia T-570 de 2005.

3 Ver entre otras, Sentencia SU- 544 de 2001, SU-1070 de 2003, C-1225 de 2004 y T- 698 de 2004.

si del contenido de los mismos deviene una vulneración de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud, que obligue la protección urgente de los mismos.

Al respecto la Sentencia T-060 de 2013 precisó:

"La jurisprudencia constitucional ha establecido varios criterios para determinar si se está ante la existencia de un perjuicio irremediable y en tal sentido ha dicho que este se configura cuando existe: "la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Adicionalmente, la jurisprudencia ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. Bajo estos parámetros, la Corte ha reiterado, que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos, adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc."

De esta manera, la Corte ha admitido la procedencia excepcional del amparo constitucional cuando se pretende el reintegro de un servidor público que ha sido desvinculado de su cargo, si se advierte en el caso concreto la vulneración de sus derechos fundamentales, evidenciando además, la ocurrencia de un perjuicio irremediable; ya que se considera que en estos eventos los medios de control de los actos administrativos no proporciona un mecanismo de protección idóneo y eficiente a los derechos conculcados. De lo contrario, corresponde, en primer término, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dirimir el conflicto laboral y prestacional suscitado entre la entidad y el servidor público.

De igual manera, la mencionada sentencia T-060 de 2013, indicó:

"Por ser la acción de tutela un mecanismo residual y subsidiario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados, no procede: "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, "atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante." El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la C.P., más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

La Corte ha señalado que en principio la acción de tutela no es el medio idóneo para controvertir las actuaciones administrativas o laborales, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la laboral, según sea el caso. De esa manera el amparo constitucional solo cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable.

*Cuando la pretensión es ordenar un reintegro, tal solicitud debe tramitarse, en principio, por el mecanismo establecido por el legislador para tal fin, es decir, a través de la acción contenciosa administrativa respectiva. La posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio es excepcional, para lo cual es necesario establecer la existencia de un perjuicio irremediable y acudir de manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo. En este sentido en la Sentencia SU-250 de 1998 la Corte afirmó que "la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo", siendo procedente sólo en aquellos casos que se pruebe la existencia de un **perjuicio irremediable.**"*

CASO CONCRETO

Remitiéndonos al caso bajo examen, se tiene que el motivo de inconformidad que dio origen a la presente acción constitucional recae sobre la expedición del Decreto Municipal N° 0204 de 2020 mediante el cual el señor Alcalde de San José de Cúcuta JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ optó por declarar insubsistente al accionante LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS del cargo de Director del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte – IMRD,

Lo anterior por cuanto el accionante considera que existió una extralimitación en las funciones del Alcalde toda vez que con su emisión desconoció los Estatutos que rigen a esta entidad descentralizada, en concreto su artículo 22 el cual define en si parágrafo 2° que “El director Ejecutivo del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte podrá ser removido por la Junta Directiva facultativamente y se podrá designar internamente al Director Ejecutivo mientras se produce la elección del titular”.

Frente a lo anterior, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de San José de Cúcuta manifestó que, el Alcalde de San José de Cúcuta es, de acuerdo con la constitución y la ley, el único funcionario competente para nombrar y remover en cualquier tiempo a los directores representante legales de establecimientos públicos descentralizados sin limitación alguna, fundamentando su argumento en el artículo 315 constitucional, así como los artículos 2.2.5.1.2 y 2.2.5.2.1 del decreto 1083 de 2015, por lo tanto, el Acuerdo N° 11 del 30 de diciembre de 2019 mediante el cual la Junta directiva del IMRD reformó los estatutos internos para otorgarse la facultad de remoción y designación interina del Director encargado mientras subsista vacante definitiva, carece de efectos jurídicos por se, contrario a la constitución y la ley.

Ahora bien, para adoptar la decisión que en derecho corresponda, es preciso recordar inicialmente que, que la acción de tutela consagrada por el artículo 86 de nuestra Constitución Política, fue concebida como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que, existiendo, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que del examen particular que realice el Juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado, por lo anterior, teniendo en cuenta la regla general de improcedencia de esta acción frente a actos administrativos de carácter particular y concreto, se deberá analizar su procedencia frente a la afectación de derechos fundamentales invocados por el accionante como vulnerados, motivo por el cual se hace necesario abarcar cada uno de ellos a continuación.

En cuanto al derecho fundamental a la **HONRA Y EL BUEN NOMBRE**, se tiene que el mismo se consideró vulnerado debido a la manifestación realizada por el señor Alcalde JAIRO TOMAS YAÑEZ en su cuenta personal de la red social Twitter en la que aseguraba que el IMRD en cabeza del señor ARNULFO SANCHEZ “(...) ha sido un fortín en el manejo inadecuado de los recursos públicos (...)” insinuando con ello y de manera pública una mala gestión administrativa por parte del accionante, desconociéndose, según el accionante, que no ha sido sancionado por ningún órgano de control con motivo de su labores.

Respecto a este derecho, y teniendo en cuenta los requisitos establecidos en la precitada jurisprudencia, el accionante no definió concretamente su pretensión al no haber indicado si con la acción de tutela buscaba la rectificación de la afirmación realizada por el Alcalde de Cúcuta o si su objetivo era de carácter penal, así mismo se observa, incluso de su propia manifestación en el escrito principal, que la publicación fue eliminada de la red social, es decir que la eventual difamación no continuó expandiéndose resultando innecesario un pronunciamiento por parte de juez de tutela sobre este hecho, además se tiene que la Fiscalía General de la Nación, realizó la apertura de la Noticia Criminal N° 540016001131202003790, por el Delito

de "Injuria por Vías de Hecho Art. 226 C.P.", asignada a la Fiscalía 18 Local de la Unidad de Alertas e Intervención Temprana de Entradas, de lo cual se desprende la existencia de otro mecanismo de defensa judicial el cual fue activado y se encuentra en curso.

En cuanto al derecho fundamental a **LA IGUALDAD**, el accionante le considera vulnerado, al sentir que el motivo por el cual fue removido de su cargo se debe a que había sido nombrado por la administración anterior, es decir, por el exalcalde CESAR OMAR ROJAS AYALA y por ende por pertenecer a un grupo político diferente; respecto a este punto observa el despacho que el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ no aporta elementos y/o material probatorio que den cuenta de la veracidad de esta situación, resultando entonces en conjeturas que no se encuentran probadas.

En cuanto al derecho fundamental a la **VIDA EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA SALUD**, estima el accionante que le está siendo vulnerado al haberse expedido el Decreto Municipal 0204 de 2020 con desconocimiento de su estado de salud, puesto que actualmente se encuentra en proceso para ser intervenido quirúrgicamente con motivo a su diagnóstico de FISTULA ANORRECTAL; en relación con este derecho por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, NO gozan de estabilidad laboral reforzada, aunado a ello, al momento de su remoción del cargo, el accionante no se encontraba con alguna incapacidad médica vigente, no presentaba discapacidad física ni mental, ni se encontraba en proceso de reubicación o calificación de pérdida de su capacidad laboral, ni pre-pensionado, así como tampoco resulta evidente que estado de salud físico o mental le impedía desarrollar sus funciones de manera normal o regular, que dieran cuenta de su procedencia excepcional, al encontrarse activo en el mercado laboral, aunado a que según lo informado por su EPS se encuentra afiliado a la misma a través de la UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER.

Además, se debe tener en cuenta que su retiro del servicio público, no se constituye en un impedimento o barrera para el acceso a su derecho fundamental a la salud toda vez que, en primer lugar, como fuera informado por su EPS, el accionante se encuentra activo en calidad de cotizante dependiente de dos empleadores distintos (IMRD y UFPS), por otro lado, en el caso de quedar cesante puede acceder al programa de protección FOSFEC a través de su Caja de Compensación Familiar a la que se encuentra afiliado, o en últimas como garantía constitucional podrá ser vinculado al régimen subsidiado de salud, configurándose todas estas, en una alternativa mediante la cual se continuará garantizando su acceso a la salud y procedimiento quirúrgico pendiente.

En cuanto al derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**, el cual se considera vulnerado bajo el entendido de que a la fecha, el acto administrativo que lo declaró insubsistente no le ha sido notificado personalmente conforme a los artículos 66 y 67 del CPACA, tratándose este de un acto de carácter particular y concreto, ya que solo ha tenido conocimiento de esta decisión por publicaciones en redes sociales, debiendo ser por consiguiente notificado a través de su correo electrónico personal.

Frente a este punto la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁴ ha reiterado que los actos de insubsistencia, expedidos en ejercicio de la potestad discrecional de libre remoción, simplemente se ejecutan, motivo por el cual inclusive su caducidad comienza a contar a partir de su ejecución y no de la comunicación, notificación o publicación, por lo tanto la administración para los efectos de publicidad solamente debe comunicar la decisión adoptada al servidor público la cual produce efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de comunicación, momento a partir del cual la administración se encuentra facultada para cumplirlo de manera inmediata.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, exp. 2663-14 del 02 de marzo de 2017

En relación a ello, observa el despacho que la desvinculación del cargo se realizó bajo el ejercicio de la función jurisdiccional de libre remoción atribuida por el Alcalde Municipal, decisión que fue comunicada el día 31 de julio de 2020 de manera electrónica mediante el correo oficial del IMRD, aunado a ello en el hecho noveno del escrito de tutela el accionante afirma que el día lunes 03 de agosto de 2020 fue informado por la funcionaria encargada de la administración del correo electrónico institucional la existencia del Decreto Municipal N° 0204 de 2020, presumiéndose con ello que el accionante si tuvo conocimiento del acto administrativo que declarase su insubsistencia.

En cuanto a la afectación al **MÍNIMO VITAL Y MOVIL**, el accionante alude que esta se produce bajo el entendido que se vería privado de recibir la asignación salarial devengada con ocasión a que su declaratoria de insubsistencia se realizó de manera irregular, viéndose truncado su proyecto de vida y señalando nuevamente que esta situación es producto de haber sido nombrado por la anterior administración y las diferencias políticas que esto conlleva, sin que se logre demostrar expedencialmente esta vulneración pues si bien es cierto se declaró su insubsistencia en el cargo, como se anotó en línea precedente el mismo es apto en el mercado laboral e igualmente se encuentra vinculado a la UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER.

Y en relación al derecho fundamental al **TRABAJO, ACCESO A FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS**, radica la presunta afectación en que tan solo unos días antes de que fuese removido del cargo, su gestión había sido valorada y evaluada de manera positiva, al punto de que la Junta Directiva tomó la decisión de no removerle, no obstante el Alcalde de forma arbitraria procedió a declararlo insubsistente configurándose en un abuso de poder en su contra, al no tener en cuenta inclusive que a los demás empleados de carrera administrativa los evalúan anualmente.

La jurisprudencia constitucional ha definido que el acto de desvinculación en los cargos de libre nombramiento y remoción no puede calificarse como arbitrario o dictado con desviación de poder, debido a que *"siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la administración de por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder."*

En sentencia T-132 de 2007 se recordó que en los cargos de libre nombramiento y remoción **la confianza representa uno de los aspectos centrales**, para la vinculación del servidor:

"Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador." Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación."

De esta manera, es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público; por tanto, siendo que el acto administrativo tuvo origen en la facultad discrecional de remoción que se atribuyese el Alcalde Municipal, se presume su legalidad.

No obstante, frente a estos últimos derechos señalados, y en general la presente acción, se observa que la presunta vulneración de los mismos tiene asidero en un conflicto de tipo administrativo bajo el entendido de que se debe definir finalmente quien ostenta la potestad discrecional de libre remoción para el presente caso, toda

vez que la misma está siendo atribuida al Alcalde Municipal por la ley y la constitución, así como a la Junta Directiva del IMRD por los estatutos internos de la entidad, correspondiendo dirimir esta situación al juez competente, es decir que, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial dentro de la jurisdicción ordinaria para debatir la presunta irregularidad del acto administrativo de insubsistencia, por lo que, de existir un pronunciamiento al respecto por parte del juez constitucional se estaría desplazando de su competencia al juez natural.

La Corte de manera reiterada ha sostenido que cuando se trate de un asunto en que se busque el reintegro de un funcionario retirado del servicio, tal pretensión debe tramitarse, en principio, por los medios judiciales que establece el legislador con ese objetivo, es decir, a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, más concretamente por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por consiguiente, observa el Despacho que, el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS al encontrarse inconforme con el Decreto Municipal 0204 de 2020, acto administrativo por medio de cual fue declarado insubsistente, cuenta con las acciones contencioso administrativas previstas en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011 para manifestar esta inconformidad y acceder a la justicia.

En síntesis, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia como la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, cuando se invoca el perjuicio irremediable por la afectación de las garantías constitucionales como el **MINIMO VITAL Y MOVIL**, el actor debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia de este elemento, es evidente que el accionante no acreditó con el escrito de tutela, prueba alguna que dé cuenta de un perjuicio grave e inminente a su derecho, en otras palabras, no se acreditó, ni siquiera de forma sumaria, la existencia de un perjuicio irremediable que requiera de la intervención del Juez Constitucional, ya que en ninguna parte del expediente de la referencia, el accionante justifica las razones por las cuales se deben adoptar medidas urgentes e impostergables, teniendo en cuenta que dicha inminencia debe ser predicada para evitar una amenaza real y no una mera conjetura hipotética.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se tiene o se ha tenido al alcance un mecanismo jurídico adecuado para la defensa de los derechos e intereses de las personas involucradas en un proceso legal y, más aún, cuando al interior de éste se respetan las reglas aplicables, así como el libre acceso a la justicia, no se puede adicionar al trámite una nueva etapa o instancia procesal, mediante la interposición de una acción de tutela, pues al tenor de la normativa vigente dicho recurso judicial es de naturaleza residual y subsidiaria.

En la medida en que la Constitución del 91 les impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

Es decir que, cuando existan otros medios ordinarios de defensa judicial idóneos para la protección de las garantías fundamentales y no se avizore un eventual perjuicio

irremediable, se debe acudir a estos de manera preferente, siendo en consecuencia improcedente la acción de tutela instaurada, por existir un mecanismo alterno para la defensa de los derechos del accionante, tal como lo establece el Art. 6º. Del decreto 2591 de 1991.

En este orden de ideas, se concluye que la presente acción de tutela resulta improcedente, por cuanto el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judiciales para manifestar su inconformidad y acceder a la administración de justicia y no se encuentra demostrada la existencia de un perjuicio irremediable que le abra paso como mecanismo transitorio.

No obstante no haber resultado prospera la acción impetrada por el accionante, el mismo no se encuentra desamparado legalmente, toda vez que la ley le brinda protección a los derechos que considera lesionados a través de las acciones contencioso administrativas previstas en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, donde podrá reclamar las mismas mediante el debido proceso con el lleno de todas las garantías.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE CUCUTA** en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución Nacional y la ley,

R E S U E L V E;

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE esta decisión a las partes intervinientes, por el medio más expedito y, en el evento en que no fuere impugnada oportunamente, envíese inmediatamente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y cumplido lo anterior archívense las diligencias. **Cualquier observación y/o reclamación, puede ser enviada al correo electrónico susi03cmcuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.**

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

La Jueza,



MARIA ROSALBA JIMENEZ GALVIS

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE CÚCUTA

Oficio No 04034
San José de Cúcuta, 18 de Agosto de 2020

Señor
LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS
Tel. 313 871 4804
sanchez.sanchez.abogados@hotmail.com

TUTELA

Señor
Dr. JAIRO TOMAS YAÑEZ RODRIGUEZ
Alcalde Municipal San José de Cúcuta
notificaciones_judiciales@cucuta-nortedesantander.gov.co

Señores
INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE CUCUTA
imrdcucuta@live.com
juridica@imrd-cucuta.gov.co

Señores
JUNTA DIRECTIVA
INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE CÚCUTA – IMRD
imrdcucuta@live.com
juridica@imrd-cucuta.gov.co

Señora
Dra. ADELIA RINCON TORRES
Directora encargada
INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE CUCUTA
imrdcucuta@live.com
juridica@imrd-cucuta.gov.co

Señores
FISCALIA GENERAL DE LA NACION
juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co

Señores
SANITAS EPS
notificajudiciales@keralty.com
impuestososi@colsanitas.com

Señores
IPS IGHO SAS
jefedeenfermeria@ighosas.com

Señores
ARL POSITIVA
notificacionesjudiciales@positiva.gov.co

Señores
CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOSE DE CÚCUTA
secretaria_general_auxiliar2@concejocucuta.gov.co

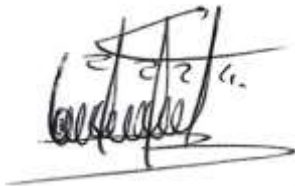
REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA No. 540014003-003-2020-00320-00
ACCIONANTE:	LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS
ACCIONADO:	ALCALDIA SAN JOSE DE CUCUTA IMRD

Me permito informarle que en el asunto en referencia se profirió auto de fecha 28 de los corrientes, cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

"PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor LUIS ARNULFO SANCHEZ DUEÑAS, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE esta decisión a las partes intervinientes, por el medio más expedito y, en el evento en que no fuere impugnada oportunamente, envíese inmediatamente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y cumplido lo anterior archívense las diligencias. **Cualquier observación y/o reclamación, puede ser enviada al correo electrónico susj03cmcuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.**"

Cordialmente,



GIOVANNI BOTELLO REYES
OFICIAL MAYOR