

SU288-15

Sentencia SU288/15

(Bogotá, D.C., Mayo 14)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto fáctico se encuentra relacionado con errores probatorios durante el proceso. Este se configura cuando la decisión judicial se toma (i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

El defecto fáctico tiene dos dimensiones; una positiva y una negativa. Mientras la primera hace referencia a circunstancias en las que se valoran pruebas vulnerando reglas legales y principios constitucionales, la segunda hace relación a situaciones omisivas en la valoración probatoria que pueden resultar determinantes para el caso. Dicha omisión se debe presentar de manera arbitraria, irracional y/o caprichosa.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL-Diferencias

PRECEDENTE JUDICIAL-Jueces pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión

PREVALENCIA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El precedente constitucional está llamado a prevalecer y las autoridades no pueden optar por acoger la jurisprudencia de otras autoridades cuando se evidencie que va en contravía de la interpretación otorgada por la Corte Constitucional sobre determinado asunto, en sede de control de constitucionalidad o de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales.

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MOTIVACION DE LOS ACTOS DE RETIRO DISCRECIONAL DE LOS MIEMBROS ACTIVOS DE LA POLICIA NACIONAL-Subreglas

Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. Tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente constitucional en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de funcionario nombrado en provisionalidad en cargos de carrera

El Tribunal Administrativo del Huila se apartó de la jurisprudencia de la Corte, justificándolo en un tema de autoridad, acogiendo la tesis del Consejo de Estado, por ser el “máximo órgano de la jurisdicción”. Incumpliendo con las cargas de justificación razonable, concluyendo que no hay necesidad de motivar el acto de retiro del funcionario en cargo de carrera en provisionalidad, y que, por tanto, no se había incurrido en causal de nulidad alguna.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por cuanto las

autoridades judiciales incurrieron en un defecto fáctico, al omitir valoración de pruebas en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

Los jueces fallan sin analizar una prueba determinante, como lo es la hoja de vida del miembro de la policía desvinculado, la cual permitiría establecer si la Institución actuó dentro del marco de la legalidad o de la arbitrariedad, incurren en un defecto fáctico.

Referencia: Expedientes T-4.354.893 y T-4.360.585

Fallos de tutela objeto de revisión: T-4.354.893 sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 6 de marzo de 2014, que confirmó el fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 23 de octubre de 2013; y T-4.360.585, sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 03 de abril de 2014, que confirmó el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 16 de diciembre de 2013.

Accionantes: T-4.354.893 Marco José Cordero García; y T-4.360.585 Wilmer Uriel García Mendoza.

Accionados: T-4.354.893 Tribunal Administrativo del Huila, Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva y la Fiscalía General de la Nación; y T-4.360.585 el Tribunal Administrativo de Antioquia, Subsección Laboral de Descongestión y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Las demandas de tutela.

1.1. Elementos y pretensiones en los expedientes T-4.354.893 y T-4.360.585

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

1.1.2. Conductas que causan la vulneración: el desconocimiento, por parte de las

autoridades accionadas, del precedente de la Corte Constitucional en virtud del cual los actos administrativos que deciden el retiro de un miembro de la fuerza pública o la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, deben ser motivados.

1.1.3. Pretensiones: dejar sin efectos los fallos proferidos por las autoridades judiciales accionadas en cada uno de los procesos, por el desconocimiento del precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos.

A. Caso T-4.354.893 Marco José Cordero García.

1.2. Fundamentos de la pretensión[1].

1.2.1. El actor fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución No. 0-3117 de 29 de diciembre de 1995 en el cargo de Asistente Judicial Local de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Neiva, tomando posesión el 19 de enero de 1996.

1.2.2. Mediante Resolución No. 0-0654 del 31 de mayo de 2001 fue declarado insubsistente, sin que la entidad esbozara las razones de la decisión, motivo por el cual atacó el acto administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa, obteniendo fallos desfavorables a sus pretensiones.

1.2.3. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva[2], mediante sentencia del 25 de octubre de 2010, resolvió en primera instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el aquí accionante, negando las pretensiones de la demanda, por no acreditarse la ilegalidad del acto. Al respecto consideró que:

1.2.4. El Tribunal Administrativo del Huila[3], el 04 de abril de 2013 confirmó el fallo del juzgado de primera instancia.

Consideró que el cargo presentado por el demandante, en virtud del cual el acto administrativo cuestionado desconoce normas constitucionales al vulnerar los derechos a la estabilidad laboral, no está llamado a prosperar, toda vez que el demandante no ostentaba derechos de carrera administrativa, situación que facultaba al Fiscal General de la Nación para aplicar la facultad discrecional contemplada en el Decreto 261 de 2000.

Resalto que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los actos que disponen la desvinculación de un funcionario en provisionalidad no requieren motivación alguna, especialmente en circunstancias como la del caso del demandante, en el que la labor desempeñada, policía judicial, exige una mayor idoneidad y la presencia de valores como transparencia, moralidad, entre otros. En esta medida el nominador debe poder hacer uso de la facultad discrecional para salvaguardar la misión institucional que le ha sido encomendada a la entidad.

Señalo que cuando se controvierte un acto por desviación de poder, el proceso de valoración de pruebas es más dispendioso, toda vez que debe demostrarse la existencia de motivos innobles, fútiles o que no sean propios de la actuación administrativa, como fundamento del despido. Circunstancia que no tuvo lugar en el proceso.

1.2.5. Como consecuencia de los fallos anteriores, el accionante considera que sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad están siendo vulnerados; afirmación que sustenta con la sentencias SU-691 de 2011, SU-917 de 2010 y SU-250 de 1998, según las cuales la desvinculación de los funcionarios en provisionalidad debe ser motivada.

2. Respuesta de la entidad accionada[4].

2.1 Fiscalía General de la Nación. Solicitó denegar las pretensiones de la acción.

Consideró que lo que el accionante pretende es invalidar una decisión que fue contraria a sus pretensiones, sin que realmente se cumplan los requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Adujo que, al personal que se encuentra en provisionalidad no le asiste la garantía de la estabilidad propia de los funcionarios de carrera y, por ende, el nominador no pierde la facultad para removerlo. Realizó un recuento sobre la discusión existente entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional acerca de la necesidad de motivar los actos administrativos que disponen la desvinculación de un funcionario en provisionalidad, en uso de la facultad discrecional que le asiste al motivador; punto en el cual resalta que si bien la Corte Constitucional ha reiterado el deber de motivación que debe acatarse en estos casos, dicha jurisprudencia se estableció en una fecha posterior a los hechos cuestionados por el

actor, circunstancia que la torna inaplicable para el caso concreto.

3. Fallos de tutela objeto de revisión.

3.1. Fallo de primera instancia: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 23 de octubre de 2013.[5]

Negó el amparo manifestando que “los jueces de instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tuvieron en cuenta las pruebas allegadas al expediente, la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso en concreto, a partir de los cuales concluyeron que el acto de declaratoria de insubsistencia del tutelante no debía ser motivado, en razón a la facultad discrecional del nominador, (...) contemplada en el Decreto 261 de 2000, vigente para la época en que se profirió la decisión administrativa censurada.”

Respecto del desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, manifestó la Sala que no es posible aplicar las sentencias proferidas en noviembre de 2010 y septiembre de 2011, toda vez que el despido del actor fue en el año 2001; es decir que para la fecha de desvinculación no existían los pronunciamientos cuya aplicación se requiere a través de la acción de tutela.

3.2. Impugnación[6].

El actor manifestó que si bien el precedente de la Corte Constitucional es posterior a la fecha de su desvinculación, dichas providencias tuvieron como origen los cuestionamientos presentados por un grupo de personas que, a su vez, fueron separadas de sus respectivos cargos en años anteriores al 2001. En esta medida manifiesta que el precedente le es aplicable, toda vez que “La honorable Corte Constitucional, no estudió si los funcionarios anteriormente mencionados fueron desvinculados durante la vigencia del Decreto 261 de 2000 y la Ley 938 de 2004, sino la forma por la cual fue declarado el acto administrativo (insubsistencia) siendo funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera.”

3.3. Fallo de segunda instancia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 6 de marzo de 2014[7].

Confirmó el fallo de primera instancia. La Sala consideró que los accionados fundamentaron

su decisión en el precedente del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Consejo de Estado), reconociendo que si bien la Corte Constitucional sostenía una postura en virtud de la cual es imperativo motivar los actos administrativos que determinan la desvinculación de un funcionario en provisionalidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado debía ser aplicada al caso concreto, toda vez que la naturaleza del vínculo laboral del actor no le transmitía las prerrogativas propias de los cargos de carrera.

Por estas razones no se configuró un desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que la decisión de los jueces de instancia se fundamentó en una postura reiterada por el Consejo de Estado, “opción legítima a la luz del principio de autonomía judicial proclamado por el artículo 228 de la Carta, que en manera alguna supone una separación caprichosa ni arbitraria de la jurisprudencia constitucional, ni mucho menos conlleva a una afectación de los derechos fundamentales invocados por la parte actora[8].”

B. Caso T-4.360.585 Wilmer Uriel García Mendoza.

1.2. Fundamentos de la pretensión[9].

1.2.1. El accionante se vinculó en el mes de abril de 1991 a la Policía Nacional como agente-alumno de la Escuela Simón Bolívar de Tuluá, Valle del Cauca, de la cual egresó, con el grado de agente, en el mismo año.

1.2.2. Posteriormente obtuvo el grado de patrullero del nivel ejecutivo, el cual desempeñó hasta el 31 de octubre de 1997, fecha en la cual el Director General de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 03214, decidió retirarlo del servicio activo de la institución en uso de la facultad discrecional determinada en el Decreto 132 de 1995.

1.2.3. Contra esta decisión el actor interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, argumentando que el acto cuestionado no había sido producto de la recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, circunstancia que derivaba en una evidente vulneración al debido proceso; así mismo manifestó que nunca pudo controvertir la decisión administrativa y que la misma desconoció su derecho al debido proceso, toda vez que nunca le fue adelantado ningún tipo de investigación disciplinaria o administrativa que sustentara la decisión del Director General de la Policía. Finalmente cuestionó que, de forma simultánea a la

expedición del acto administrativo, los Directivos de la Policía Nacional manifestaron que estaban depurando la institución de los malos elementos, sin que al interior de la entidad le fuera adelantado un proceso de investigación.

1.2.4. Mediante sentencia de primera instancia, del 11 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia[10], negó las pretensiones de la demanda, argumentando que el acto administrativo cuestionado sí había contado con la recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores y que el ejercicio de la facultad discrecional permite la desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública sin necesidad de realizar una investigación previa o expedir una motivación de la decisión.

El Tribunal consideró que el alcance de la facultad discrecional otorgada al Director de la Policía Nacional, es un mecanismo efectivo para erradicar con prontitud los vicios que puedan existir en la Institución, a través del retiro de aquellos miembros, de cualquier rango, sobre quienes haya graves indicios o pruebas suficientes de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía. Respecto a este tema, planteó que la falta de motivación en ejercicio de dicha facultad no es vulneratoria de los derechos al trabajo o al debido proceso, toda vez que el retiro no se ejerce a título de sanción, sino como un mecanismo para proteger el interés general. Superado este asunto, manifestó que el Comité de Evaluación de Oficiales Superiores sí realizó una reunión en la que se concluyó el retiro de un grupo de miembros activos de la Policía Nacional.

Sobre la posible desviación de poder, enfatizó en que “la decisión de la entidad se produjo en ejercicio de la facultad discrecional, no siendo necesaria una investigación disciplinaria o la motivación del acta del Comité de Evaluación en donde consten los motivos que dieron lugar al ejercicio de dicha facultad, o que se tengan que probar, antes de expedir el acto de retiro, actuaciones de corrupción para proceder al retiro como quiera que las normas que sirven de sustento al acto acusado así no lo disponen.”

1.2.5. El Consejo de Estado[11], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mediante providencia del 27 de junio de 2013, confirmó la sentencia de primera instancia, afirmó que el Director de la Policía Nacional tiene la facultad de retirar del servicio activo al personal del nivel ejecutivo, sin que deba mediar una motivación.

Para el Consejo de Estado la norma aplicable a la presente controversia era el Decreto 132

de 1995, en virtud del cual se le otorga al Director de la Policía Nacional la facultad de retirar del servicio activo a personal del nivel ejecutivo sin que se requiera exponer los móviles de la decisión, para beneficiar la misión constitucional y legal del servicio de la Policía. Por esta razón, señaló el Alto Tribunal, que el personal retirado, cuenta con unas medidas como el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales.

Sobre la supuesta expedición irregular del acto administrativo, manifestó que no le asiste razón al demandante, toda vez que está probado que el 28 de octubre de 1997 se reunió el Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, con el propósito de seleccionar al grupo de oficiales y suboficiales que, por razones del servicio, debían ser retirados de la entidad. Adicionalmente, sobre el cargo esbozado en los alegatos de conclusión, esto es, la expedición irregular del acto administrativo porque si bien el Comité sesionó, nunca contó con la presencia del Subdirector de Personal de la Policía Nacional, consideró la Sala que la asistencia del Director de Recursos Humanos de la Policía Nacional, sujeto que cuenta con un rango superior al del Subdirector, es suficiente para entender que este requisito se cumplió.

Finalmente, respecto de la posible desviación de poder, dijo que la prueba testimonial del señor Luis Eduardo Flórez Valbuena, no da cuenta de que el retiro del actor se hubiera dispuesto desviando los fines de la norma que autorizaba a la Dirección de la Policía Nacional para ello, y mucho menos que la referida decisión tuviera atendiera a una supuesta “depuración indiscriminada” al interior de las filas de la Policía Nacional.

1.2.6. De acuerdo con estos hechos, considera el actor que le han sido vulnerados sus derechos al debido proceso y a la igualdad, toda vez que las providencias cuestionadas desconocieron, a su juicio, el precedente sentado por la Corte Constitucional que obliga a motivar los actos administrativos de retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. Tribunal Administrativo de Antioquia[12]. Solicitó negar las pretensiones de la acción.

Resaltó que la discusión planteada por el actor en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no fue la falta de motivación del acto de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, sino otros aspectos como “la inexistencia de la recomendación previa del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores- expedición irregular-, lo que conllevaba la violación del artículo 11 del Decreto 573 de abril 04 de 1995(...); y la desviación de poder, por las supuestas declaraciones del Director General de la Policía sobre la depuración llevada al interior de la institución, por posibles casos de corrupción y deshonestidad”[13]. Por estas razones considera que no puede el actor ventilar en sede de tutela, causales de nulidad que no invocó en el proceso contencioso administrativo.

Al respecto refiere que el hecho de que el cargo aducido no se encontrara en la causa petendi ni en el concepto de violación de la demanda, torna improcedente la acción de tutela que, en este caso, el actor está usando como una tercera instancia.

Finalmente manifestó que aunque el juez de tutela diera por superada esta circunstancia, la Corte Constitucional ha reconocido que en los cuerpos armados no existe la estabilidad laboral que otorga la carrera administrativa prevista en el artículo 125 de la Constitución, toda vez que impera un régimen especial determinado en los artículos 218 a 222 de la Carta. Por esta razón, sentencias, como la C-179 de 2006, han avalado la facultad discrecional para el retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública, sin que ello implique arbitrariedad y sin que se impida desvirtuar la legalidad del acto. Por todas estas razones concluye que “no existió vulneración a los derechos fundamentales invocados por el tutelante”.

Señaló que en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el actor no se expusieron motivos suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado; razón por la cual, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en trámite de segunda instancia de dicho proceso, encontró que la decisión del retiro del servicio del demandante obedeció al ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta el Director General de la Policía Nacional, la cual, permite a una autoridad administrativa ordenar el retiro de un empleado o funcionario público por el acaecimiento de determinadas circunstancias.

Planteadas estas consideraciones, consideró que en el caso concreto “no se vulneraron los

derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso del accionante toda vez que, como quedó visto, la decisión adoptada por esta Sección en sentencia de 27 de junio de 2013 se ajustó a las disposiciones vigentes en ese momento(...) a demás (Sic) de guardar consonancia con la tesis jurisprudencial definida por esta Corporación en relación con el ejercicio de la facultad discrecional en el retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública”[15].

2.3. Ministerio de Defensa, Policía Nacional[16]. Solicitó negar las pretensiones de la acción.

La Secretaría General de la Policía Nacional, actuando como posible tercero interesado, da respuesta a la acción de tutela aclarando que dentro de las actividades desempeñadas por la Policía Nacional no se encuentra la de “toma de decisiones judiciales”; en esta medida excluye su posible responsabilidad sobre los fallos cuestionados.

3. Fallos de tutela objeto de revisión.

3.1. Primera instancia: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del 16 de diciembre de 2013[17].

Negó el amparo. Luego de transcribir apartes de los fallos cuestionados, para efectos de compararlos con la posición del Consejo de Estado respecto a la legalidad de los actos de desvinculación del servicio de miembros de la fuerza pública, concluyó que “es evidente que los despachos judiciales accionados aplicaron la posición de esta Corporación (Consejo de Estado), que en ejercicio (Sic) de la facultad discrecional la Policía Nacional puede retirar del servicio a sus miembros, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales y Personal Nivel Ejecutivo”.

3.2. Impugnación[18].

El actor manifestó que el estudio realizado por el juez, se basó en el precedente del Consejo de Estado para determinar la posible existencia del defecto de “desconocimiento del precedente”, cuando en la acción de tutela claramente se indicaba que dicho vicio se daba respecto de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional acerca del retiro de miembros de la Fuerza Pública. Por esta razón considera que los cargos de la

acción de tutela no fueron resueltos y la vulneración a sus derechos fundamentales continúa latente. Sobre el precedente presuntamente desconocido, refiere las sentencias T-569 de 2008 y T-265 de 2013.

3.3. Fallo de segunda instancia: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 3 de abril de 2014[19].

Confirmó la decisión proferida en primera instancia argumentando que los cargos que fundamentaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 03214 de 1997, “por la cual se retira del servicio activo a un personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, no encontró que se controvirtiera la supuesta falta de motivación que alega ahora el demandante a través de la acción de tutela. Por estas razones, considera que el accionante “pretende derivar la violación de sus derechos fundamentales del desconocimiento de un criterio que ni siquiera fue puesto a consideración de las autoridades judiciales demandadas”.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[20].

2. Procedencia de las acciones de tutela.

2.1. Derechos fundamentales vulnerados. Se alega la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y el acceso a la administración de justicia.

2.2. Legitimación activa: Los accionantes de los expedientes estudiados, Marco José Cordero García y Wilmer Uriel García Mendoza, presentaron acción de tutela en nombre propio.

Teniendo en cuenta que el artículo 86[21] de la Carta Política, establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre, es claro que las presentes acciones son

procedentes respecto de la legitimación por activa.

2.3. Legitimación pasiva. Ambos casos están dirigidos contra autoridades judiciales que, en el ejercicio de sus funciones respectivas, profirieron una serie de providencias que, a juicio de los accionantes, se encuentran viciadas por desconocer el precedente constitucional aplicable. Así, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Consejo de Estado, son autoridades públicas en los términos de los artículos 86, inciso 1o. de la Constitución Política y 1o. del decreto 2591 de 1991, entendiéndose que la presente acción es procedente en cuanto a la legitimación pasiva.

2.4. Por tratarse de demandas de tutela contra providencias judiciales, más adelante se hará el estudio de los requisitos específicos para la procedencia de la acción de tutela.

3. Problema Jurídico.

De conformidad con la situación fáctica planteada en los expedientes analizados, debe la Sala resolver ¿Si las autoridades accionadas, vulneraron los derechos de los accionantes al desconocer el precedente de la Corte Constitucional, en virtud del cual, los actos administrativos de desvinculación siempre deben ser motivados, incluso cuando sean expedidos en uso de facultades discrecionales; y si dicho desconocimiento generó un defecto fáctico en los fallos atacados?

3. Requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De forma reiterada la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales para analizar la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Así, se ha señalado la necesidad de cumplir con seis requisitos generales para establecer la procedencia de la acción constitucional. Mediante la sentencia C-590 de 2005, se establecieron los siguientes;

“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que

corresponde definir a otras jurisdicciones.

(ii). Que se hayan agotado todos los medios-ordinarios y extraordinarios-de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos,

(iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración,

(iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora,

(iv) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela”.

En consecuencia, la Sala Plena procede a analizar el cumplimiento de dichos requisitos, como paso necesario para continuar con el análisis de fondo de la demanda de tutela interpuesta contra una decisión judicial.

3.1. Casos concretos T-4.354.893 y T-4.360.585.

3.1.2. Agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa: Los accionantes, a través de sus apoderados, agotaron todas las instancias posibles en el curso de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho. Adicionalmente, para el caso se encuentra que de acuerdo a los cargos presentados por los actores no había lugar a interponer el recurso extraordinario de revisión, estipulado en el artículo 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011[22].

3.1.3. Inmediatez:

3.1.3.1. En el caso T-4.354.893, Marco José Cordero García, presentó la acción de tutela el 5 de junio de 2013, es decir 2 meses después de la decisión de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se cuestiona, la cual se dio el 04 de abril de 2013.

3.1.3.2. En el caso T-4.360.585, Wilmer Uriel García Mendoza, presentó la acción de tutela el 05 de septiembre de 2013, es decir 3 meses después de la última decisión tomada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se controvierte, la cual tuvo lugar el 27 de junio de 2013.

3.1.4. Que si se trata de irregularidades procesales, las mismas hayan tenido incidencia en la decisión: En los casos no se alegan irregularidades procesales.

3.1.5. Que el actor identifique los hechos que originan la violación y que, de haber sido posible, los haya mencionado oportunamente en las instancias del proceso contencioso: La Sala Plena considera que en ambos casos se cumple con este presupuesto por las razones que se exponen a continuación.

3.1.5.1. En el caso T-4.354.893, el accionante demandó ante la jurisdicción contenciosa administrativa la Resolución No. 0-0654 del 31 de mayo de 2001 por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Asistente Judicial Local en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones – CTI – Neiva. Uno de los cargos fue “ausencia de motivaciones del retiro”. Dicho cargo fue analizado por los jueces contenciosos, quienes concluyeron que “al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fueron de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester su motivación (...)”[23]. En la demanda de tutela, el accionante señala con claridad que es ese hecho el que considera vulnera sus derechos fundamentales, pues no se sigue el precedente establecido por la Corte Constitucional respecto de la necesidad de motivación del acto.

3.1.5.2. En el caso T-4.360.585, el accionante identificó como vulnerado su derecho al debido proceso por la falta de aplicación del precedente constitucional respecto de la motivación de actos administrativos que ordenan la desvinculación del servicio de un miembro de la Policía Nacional.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Antioquia[24] alegó que la discusión planteada por el actor en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no fue la falta de motivación del acto de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, sino otros aspectos[25].

En primera instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta[26], negó el amparo considerando que “es evidente que los despachos judiciales accionados aplicaron la posición de esta Corporación (Consejo de Estado), que en ejercicio (Sic) de la facultad discrecional la Policía Nacional puede retirar del servicio a sus miembros, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales y Personal Nivel Ejecutivo”.

En segunda instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta[27], confirmó la decisión argumentando que los cargos que fundamentaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no controvirtió la supuesta falta de motivación que alega ahora el demandante a través de la acción de tutela.

Acorde con las pruebas aportadas al proceso de tutela, la Sala Plena encuentra que si bien en la demanda nulidad y restablecimiento del derecho, presentada el 02 de marzo de 1998, no se hace mención expresa sobre el precedente de la Corte Constitucional, pues para la fecha, la Corte comenzaba con su tarea de unificación respecto del tema, se evidencian otros momentos procesales donde se discutió acerca de la falta de motivación del acto:

(i) En los alegatos de conclusión de primera instancia, presentados el 25 de noviembre de 2005, el apoderado de la demandada, mencionó que “la motivación que dio origen a la expedición del acto impugnado, por medio de la cual se retiró del servicio activo al actor, no tuvo otra finalidad, diferente, que el mejoramiento de la Institución Policía Nacional, desde el punto de vista de los miembros que la confirman, todo encaminado a prestar un buen servicio público de seguridad a la comunidad. Enmarca esto, un mandato Constitucional que otorga una facultad discrecional, no arbitraria, al Director General de la Policía Nacional para establecer, que miembros permanecen o no en la Institución.[28]”

(ii) En la sentencia proferida el 11 de octubre de 2011, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Subsección Laboral de Descongestión, consideró que “la decisión de la entidad se produjo en ejercicio de la facultad discrecional, no siendo necesario una investigación

disciplinaria o la motivación del acta del comité evaluador en donde consten los motivos que dieron lugar al ejercicio de dicha facultad, o que se tenga que probar, antes de expedir el acto de retiro, actuaciones de corrupción para proceder al retiro comoquiera que las normas que sirven de sustento al acto acusado así no lo disponen, ni el acto de retiro tiene naturaleza sancionatoria para hacer exigencias de esta estirpe.” Lo anterior basándose en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, del 26 de junio de 2008, radicación número 25000-23-25-000-1999-01742-01.

(iv) El 11 de abril de 2013, la Procuraduría 3ª Delegada ante el consejo de Estado, presentó intervención en el proceso resaltando que “el aspecto formal se satisfizo a cabalidad y dado que la declaratoria de retiro no ha de ser motivada, habrá de tenerse por ajustada a derecho, a mas que respecto del buen servicio del actor, ello no le impedía a la Administración proferir el cuestionado acto, pues la eficiencia es, a la luz de lo dispuesto por el artículo 209 del Estatuto Superior, un postulado que debe cumplir la función administrativa (...)”.

(v) En la sentencia proferida en segunda instancia del proceso contencioso, el Consejo de Estado manifestó que “El Director de la Policía Nacional tiene sobre el personal del nivel ejecutivo, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requiera explicitar de otro modo sus móviles”. Lo anterior en el acápite relacionado con la facultad de retiro de miembros de nivel ejecutivo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General. Esta decisión la fundamentó en las sentencias del 18 de noviembre de 2010, radicado: 0948-20009 y del 12 de agosto de 2010, radicado: 1613-2009, del Consejo de Estado.

Con todo lo anterior, se puede concluir que la alegación planteada en sede de tutela – falta de motivación del acto administrativo de desvinculación – fue discutida en el proceso contencioso administrativo, decidiendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha establecido la no necesidad de la motivación del acto, posición avalada por los jueces de tutela en primera y segunda instancia.

3.1.6. Que la sentencia impugnada no sea de tutela: Las sentencias impugnadas fueron proferidas en desarrollo de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

4. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Cumplido lo anterior, se debe verificar el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad, que deben ser plenamente probados. Dichos requisitos consisten en: (i) defecto orgánico[30], (ii) sustantivo[31], (iii) procedimental[32], (iv) fáctico[33]; (v) error inducido[34]; (vi) decisión sin motivación[35]; (vii) desconocimiento del precedente constitucional[36]; y (viii) violación directa de la Constitución[37].

En síntesis, la acción de tutela procede excepcionalmente para controvertir decisiones judiciales que desconozcan derechos fundamentales y tenga un grado de afectación relevante desde el punto de vista constitucional, por lo cual se debe cumplir con los requisitos generales y específicos de procedibilidad enunciados. Lo anterior, por cuanto no cualquier error judicial está resguardado por el principio de autonomía judicial, pues sólo en el evento en que una providencia judicial resulte arbitraria, caprichosa o irrazonable y sea contraria a la Constitución, el juez constitucional tiene la facultad de intervenir.

De conformidad con los hechos establecidos en la presente acción de tutela, la Sala considera pertinente realizar una breve caracterización del desconocimiento del precedente, luego se analizará la necesidad de motivación de los actos de desvinculación de la Policía Nacional y de las personas que ocupan cargos en provisionalidad.

5. Breve caracterización del defecto fáctico.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto fáctico se encuentra relacionado con errores probatorios durante el proceso. Este se configura cuando la decisión judicial se toma (i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios"[38].

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en la protección al principio de la autonomía e independencia judicial, en el cual se incluye el amplio margen que recae sobre los operadores judiciales para valorar – de conformidad con las reglas de la sana crítica – las

pruebas que han sido recaudadas durante el proceso. Sin embargo, la sentencia SU-159 de 2002, señaló que dicha independencia y autonomía “jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de la administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”[39].

Esta Corporación ha establecido que la dimensión negativa se produce: “(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso;(ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo” [41]. Y una dimensión positiva, que tiene lugar “por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia”[42].

Se ha concluido que, el defecto fáctico por no valoración de pruebas se presenta[43] “cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente”[44].

No obstante lo anterior, la Corte ha reconocido que en la valoración del acervo probatorio el análisis que pueda realizar el juez constitucional es limitado, en tanto quien puede llevar a cabo un mejor y más completo estudio es el juez natural debido al principio de inmediación de la prueba.

6. El desconocimiento del precedente como causal de procedencia de la tutela contra providencia judicial.

La Corte Constitucional ha sostenido que “para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la

tutela contra providencias judiciales[45].” Adicionalmente, ha señalado que el desconocimiento del precedente jurisprudencial “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, – sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad.[46]”

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan[47]. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos[48].

La jurisprudencia de la Corte ha advertido que, el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en evidente desconocimiento del derecho a la igualdad, se lesionan los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial[49], los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes[50].

En cuanto al respeto al precedente como límite de la actividad judicial, en particular la Corte ha señalado que está dado por las razones de derecho con base en las cuales un juez resuelve un caso concreto.[51] Igualmente ha dicho que es un asunto que adquiere relevancia constitucional pues en aras de garantizar el derecho a la igualdad, los jueces “deben decidir los casos futuros de una manera idéntica a como fueron decididos los casos anteriores.” Finalmente ha explicado que el problema surge cuando dos casos en principio similares son resueltos de manera diferente. Es preciso distinguir, sin embargo, cuáles son los argumentos jurídicos que constituyen el precedente y que, por tanto, resultan vinculantes y deben ser atendidos para resolver casos futuros[52].

Al respecto, ha explicado qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes: la parte resolutive o *decisum*, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio; la *ratio decidendi* que puede definirse como “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”; y los *obiter dicta* o *dictum* que son “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”[53] En consecuencia, es la *ratio decidendi* que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares[54], esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.[55] De manera que la *ratio decidendi* expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.[56]

Ahora bien, es importante resaltar que la jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente y su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia[57]. En este sentido, mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez -individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias; el precedente vertical implica que los jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente por las altas cortes.[58]

En esta óptica, la Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho[59].

En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia”[60] (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo[61] (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales[62].

En síntesis, la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. La observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores.

Sin embargo, con el propósito de armonizar el derecho fundamental a la igualdad y la autonomía judicial, los falladores pueden apartarse del precedente aplicable si en sus providencias hacen una referencia expresa a este y explican las razones con base en las cuales se justifica el cambio de jurisprudencia. Finalmente, en el caso del precedente vertical, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. Y en caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, se produce una violación a los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

6.1. Prevalencia de la interpretación constitucional.

Teniendo en cuenta que la Constitución se erige como la norma superior en el ordenamiento jurídico[63] no podría el nominador aducir la autorización de normas de inferior jerarquía, o una interpretación evidentemente contraria a la Carta, para no motivar

los actos de retiro; así como tampoco se puede admitir que el funcionario retirado deba ejercer su derecho de contradicción y defensa sin conocer las razones que subyacen al acto[64].

En esta medida, aunque, como fue referido en la parte inicial de esta sentencia, a los jueces de la república les asiste el principio de autonomía judicial y, adicionalmente, en virtud de la ley, en principio deben fallar acorde a los precedentes fijados por los máximos tribunales de su respectiva jurisdicción, en ningún caso estos postulados pueden ir en contravía del precedente constitucional.

Esta posición ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional que[65], respecto del caso de la jurisdicción contencioso administrativa se refirió en sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, de la siguiente forma,

6.2.3. Así, el sometimiento a la Constitución por todos los poderes públicos y los particulares, implica la sujeción a la interpretación autorizada que de ella realiza el Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias de exequibilidad e inexequibilidad de las normas constitucionales y con fuerza de ley, y de las sentencias de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de todas las jurisdicciones.[66]

Según esta consideración, el Alto Tribunal decidió, en Sentencia C-634 de 2011 que en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 había una omisión legislativa relativa,

(...) al dejar de señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.) y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la Carta Política.

(...) 6.2.5.2. Así las cosas, y con base en los anteriores presupuestos, la Corte declaró exequible el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo

de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad. (Subrayas fuera del texto original)

De acuerdo a dichos pronunciamientos es claro que el precedente constitucional está llamado a prevalecer y que a partir de la expedición de dichas sentencias las autoridades no pueden optar por acoger la jurisprudencia de otras autoridades cuando se evidencie que va en contravía de la interpretación otorgada por la Corte Constitucional sobre determinado asunto, en sede de control de constitucionalidad o de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales.

7. Obligación de motivación de los actos administrativos que, en ejercicio de la facultad discrecional, disponen la desvinculación de funcionarios en provisionalidad. Reiteración SU-556 de 2014[67].

Mediante sentencia de unificación SU-556 de 2014, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto de la desvinculación motivada de los empleados en cargos de provisionalidad, para ello, hizo una recopilación de las sentencias proferidas por esta Corporación respecto del tema llegando a las conclusiones que se expondrán a continuación:

7.1. En la sentencia SU-250 de 1998, la Corte interpretó el artículo 209[68] de la Constitución Política de 1991, estableciendo que, acorde con los fines de la función pública, los actos administrativos de desvinculación deben ser motivados, ya que con ello se busca: 1) evitar arbitrariedades, dando información del por qué se produjo el acto y permitiendo interponer los recursos correspondientes; y 2) permitir un control efectivo, como extensión del principio de publicidad. Así las cosas, solo los actos administrativos exceptuados por la Constitución y la Ley no deben ser motivados.

7.2. El artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Exceptuando los de elección popular, libre nombramiento y remoción[69], trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. El artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como “(...) un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la

administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”

7.3. Excepcionalmente, los cargos de carrera pueden ser ocupados por personas en provisionalidad, esto en momentos de vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia, con el fin de suplir las necesidades de personal de la administración. En la SU-556 de 2014, se concluyó lo siguiente:

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

7.4. Para la Corte, el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho[70], con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas. La inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo[71].

7.5. En conclusión, “a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.”[72]

Posteriormente, la sentencia de unificación se encargó de establecer los efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad, sin motivación, definiendo la regla indemnizatoria de la siguiente manera:

7.6. Las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

8. Obligación de motivación de los actos administrativos que, en ejercicio de la facultad discrecional, disponen la desvinculación de funcionarios de la Policía Nacional. Reiteración SU-053 de 2015 y SU-172 de 2015.

Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros.

En las sentencias C-525 de 1995 y C-179 de 2006 la Corte estimó que la utilización de la

facultad discrecional de desvinculación de los miembros de la fuerza pública no puede ejercerse de forma inconsulta o arbitraria, puesto que dicha potestad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales y “en un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin”[73].

Por ello, el legislador y la jurisprudencia han construido unos límites al ejercicio de dicha competencia representados en la legalidad y la salvaguarda del debido proceso, toda vez que la discrecionalidad se ejerce en el marco de la ley, y no fuera de ésta.

Adicionalmente, el ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”[74] que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”[75]. En efecto, “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, [sino que ha de quedar] consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”[76].

Dicha motivación se justifica en la medida que es garantía del derecho al debido proceso, pues permite ejercer de forma adecuada el control de los actos ante los estrados judiciales.

En la sentencia SU-053 de 2015, reiterada en la SU-172 de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional, hizo un análisis normativo de la facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo, señalando las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad, resaltando la función constitucional de la Policía Nacional, y haciendo una línea jurisprudencial tanto de fallos en control abstracto como en control concreto de este Tribunal comparándola con la jurisprudencia desarrollada por el Consejo

de Estado.

Frente a lo anterior, concluyó la Sala que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

A partir de allí, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en el ejercicio de la facultad discrecional, concluyendo que si bien es mínimo, es plenamente exigible. Así, estableció las pautas mínimas de motivación:

8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

8.2. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

8.3. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

8.4. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional[77]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

8.6. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

8.7. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro, so pena de incurrir en la causal específica de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.

A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional.

En estos casos, a diferencia de la posición adoptada por la Sala Plena en la Sentencia SU-556 de 2014 – motivación de actos de desvinculación de funcionarios en provisionalidad –, la Sala considera que, de configurarse una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la orden deberá ser dejar sin efecto las sentencias que incurrieron en el defecto, y ordenar a dichos jueces proferir un nuevo fallo, tomando en consideración la necesidad de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional. Lo anterior teniendo en cuenta que:

- Si se configura un defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria, existe un margen de apreciación que le corresponde asumir al juez natural, en este caso al contencioso administrativo.
- Cuando subsista la posibilidad de que un asunto sea resuelto por parte del juez natural, el juez de tutela debe identificar y resolver lo atinente a la protección de derechos fundamentales, y abstenerse de invadir órbitas valorativas correspondientes a ese juez natural.
- Sólo hasta la Sentencia SU-053 de 2015, se estableció un estándar de motivación plenamente identificado y unificado, en especial en torno a la obligatoria valoración de las actas o informes de los entes evaluadores, las hojas de vida de los policías y los demás

documentos, cuando se cuestione la presunción de legalidad del acto de retiro discrecional de los mismos.

9. Caso concreto expediente T-4.354.893.

9.1. Marco José Cordero García, inició acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra la resolución inmotivada mediante la cual la Fiscalía General de la Nación lo desvinculó del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad en dicha entidad. La resolución señala[78]:

Artículo 1º.: Declarar insubsistente el nombramiento efectuado a MARCO JOSE CORDERO GARCIA, identificado con cedula de ciudadanía (...) del cargo de ASISTENTE JUDICIAL LOCAL, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Neiva.

Artículo 2º.: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

9.2. En primera instancia del proceso contencioso, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva, mediante sentencia del 25 de octubre de 2010, negó las pretensiones de la demanda, consideró que los funcionarios en provisionalidad no ostentan fuero de estabilidad y, en consecuencia, los actos administrativos que sustentan su desvinculación no requieren de motivación alguna, sin hacer mención alguna a la jurisprudencia de la Corte Constitucional[79]. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Huila, en sentencia del 04 de abril de 2013, confirmó el fallo argumentando que el actor no ostentaba derechos de carrera administrativa, situación que facultaba al Fiscal General de la Nación para aplicar la facultad discrecional contemplada en el Decreto 261 de 2000. En esta oportunidad, el juez trajo a colación la sentencia SU-917 de 2010, en la cual la Corte Constitucional estableció la obligación de motivar los actos administrativos que declaran insubsistentes a los funcionarios en provisionalidad, sin embargo acogió la tesis del Consejo de Estado, “máximo órgano de la jurisdicción”, en cuanto el cargo que ocupaba el accionante proviene de una entidad que representa el poder punitivo del Estado, esto es, la Fiscalía General de la Nación[80].

9.3. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el acto de retiro del accionante debía ser motivado de acuerdo con las reglas jurisprudenciales planteadas con miras a salvaguardar el derecho al debido proceso de éste. Por lo cual, el que no estuviera motivado

lesiona su derecho fundamental, y consecuentemente, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, está viciado de nulidad, procediendo el restablecimiento del derecho.

Para la Sala Plena de la Corte Constitucional, el precedente constitucional está llamado a prevalecer y, no es justificable apartarse de la aplicación de las sentencias de este Tribunal, y optar por la aplicación de pronunciamientos de otras autoridades cuando se evidencie que va en contravía de la interpretación otorgada por la Corte Constitucional sobre determinado asunto, en sede de control de constitucionalidad o de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo del Huila se apartó de la jurisprudencia de la Corte, justificándolo en un tema de autoridad, acogiendo la tesis del Consejo de Estado, por ser el “máximo órgano de la jurisdicción”. Incumpliendo con las cargas de justificación razonable, concluyendo que no hay necesidad de motivar el acto de retiro del funcionario en cargo de carrera en provisionalidad, y que, por tanto, no se había incurrido en causal de nulidad alguna.

Lo anterior resulta entonces contrario al derecho a la igualdad, al principio de seguridad jurídica, y a la coherencia y razonabilidad de nuestro sistema jurídico, incurriendo en la causal específica de procedibilidad de desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, y, por tanto, las sentencias proferidas por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva, el 25 de octubre de 2010, y por el Tribunal Administrativo del Huila, el 04 de abril de 2013, vulneraron los derechos fundamentales del accionante, situación que ha de corregir el juez de tutela.

Por lo anterior, la Sala Plena revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 06 de marzo de 2014, que confirmó el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 23 de octubre de 2013, mediante la cual se negó la acción de tutela, y en su lugar se concederá la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del accionante.

Con todo, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Huila el 04 de abril de 2013, mediante la cual confirmó el fallo del

Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva, del 25 de octubre de 2010, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se declarará la nulidad del acto de insubsistencia, ordenando que, (i) el reintegro del actor al cargo que desempeñaba al momento de la insubsistencia; y (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

El reintegro ordenado sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

10. Caso concreto expediente T-4.360.585.

El accionante estuvo vinculado con la Policía Nacional desde el mes de abril de 1991 hasta el 31 de octubre de 1997, fecha en la cual el Director General de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 03214, decidió retirarlo del servicio activo de la institución en uso de la facultad discrecional determinada en el Decreto 132 de 1995.

Contra esta decisión el actor interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, argumentando que en el acto cuestionado no había sido producto de la recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, circunstancia que derivaba en una evidente vulneración al debido proceso; así mismo manifestó que nunca pudo controvertir la decisión administrativa y que la misma desconoció su derecho al debido proceso, toda vez que nunca le fue adelantado ningún tipo de investigación disciplinaria o administrativa que sustentara la decisión del Director General de la Policía. Finalmente cuestionó que, de forma simultánea a la expedición del acto administrativo, los Directivos de la Policía Nacional manifestaron que estaban depurando la institución de los malos elementos, sin que al interior de la entidad le fuera adelantado un proceso de investigación.

Mediante sentencia de primera instancia, del 11 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia[81], negó las pretensiones de la demanda, argumentando que

el acto administrativo cuestionado sí había contado con la recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores y que el ejercicio de la facultad discrecional permite la desvinculación de los miembros de la Fuerza Pública sin necesidad de realizar una investigación previa o expedir una motivación de la decisión.

El Consejo de Estado[82], mediante providencia del 27 de junio de 2013, confirmó la sentencia de primera instancia, afirmó que el Director de la Policía Nacional tiene la facultad de retirar del servicio activo al personal del nivel ejecutivo, sin que deba mediar una motivación.

Los jueces de instancia, negaron el amparo, considerando que los jueces accionados no desconocieron los derechos fundamentales del actor, puesto que aplicaron la posición del Consejo de Estado respecto de la facultad discrecional de la Policía.

10.1. Desconocimiento del precedente constitucional. Pasa la Sala a verificar si se cumplió el estándar de motivación propuesto en la sentencia de unificación SU-053 de 2015, reiterado en la SU-172 de 2015:

10.1.1. Se admite que los actos administrativos discrecionales no necesariamente estén motivados, en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.

Fue a través de la resolución 03215 del 31 de octubre de 1997, por medio de la cual se resolvió[83]:

Artículo 1º- De conformidad con lo establecido en los artículos 55, 56 numeral 2º literal f) y 67 del Decreto 132 de 1995, a partir de la vigencia de la presente resolución, por razones del servicio, retirarse en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, al personal de nivel ejecutivo que a continuación se relaciona, adscritos a las unidades que en cada caso se indica:

PT. GARCIA MENDOZA WILMER URIEL

70137217

Para la Sala dicha resolución no se motivó, pues el acto administrativo se limitó a hacer referencia de las normas que confieren la potestad discrecional a la Policía Nacional para apartar del cargo a sus miembros, sin dar razones objetivas y/o los hechos que dieron lugar

a tomar esa decisión. Lo anterior pudo ser admisible si la Policía hubiese presentado al accionante las razones objetivas y/o los hechos ciertos en los que sustentó tal decisión. Sin embargo, esa situación no ocurrió, por lo cual se incumplió este parámetro.

10.1.2. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

El 28 de octubre de 1997, el Comité de Evaluación de Oficiales Superiores de la Policía Nacional, consideró[84]:

Abierta la sesión por el señor Brigadier General, Presidente del Comité, se procede a dar cumplimiento al artículo 67 del Decreto 132 del 13 de enero de 1995, en el sentido de recomendar, por razones del servicio, el retiro absoluto del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General, al personal del nivel ejecutivo que a continuación se relaciona, adscrito a las unidades que en cada caso se indica:

PT. GARCIA MENDOZA WILMER URIEL

70137217 MEVAL

El mismo día fue comunicado el concepto al Director General de la Policía Nacional[85].

Pese a que en la resolución atacada no se hace mención del concepto previo del comité de evaluación para justificar el retiro del actor, se debe entender que la desvinculación obedeció al concepto emitido por el comité competente, sin embargo, en dicho concepto tampoco existe una motivación que de razones objetivas y/o los hechos que dieron lugar a tomar esa decisión, solo se indica, que fue por razón del servicio.

Por su parte, las autoridades judiciales accionadas no evaluaron la motivación contenida en las actas emitidas por el comité de evaluación, ya que sólo se limitaron a verificar la existencia formal del concepto previo, incumpliendo este requisito.

10.1.3. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto, el mejoramiento del servicio.

Ni la recomendación de retiro, ni el acto de retiro, ni las sentencias atacadas por vía de tutela, se encargaron de evaluar las razones por las cuales con la salida del accionante, se

mejoraría el servicio en la institución. De hecho, uno de los argumentos expuestos por el accionante en la demanda ante el juez contencioso administrativo fue “que la decisión adoptada por la Dirección de la Policía Nacional de retirar del servicio al demandante resulta injustificada teniendo en cuenta su conducta ejemplar y el cumplimiento de sus deberes como suboficial de la Policía Nacional.”

Si bien existe una presunción que, en principio, permite aceptar que el retiro obedeció al buen servicio, es necesario dar razones objetivas de porque con el retiro se mejora el servicio.

10.1.4. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo previo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de su función constitucional[86]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

Reiterando que ni en acto de desvinculación ni la evaluación del comité contiene razones objetivas que permitan determinar como con la desvinculación del accionante de la Policía Nacional, se mejoraría la prestación del servicio, es evidente que el accionante no tuvo manera de enterarse si su retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

Por su parte, los jueces administrativos debieron evaluar las calificaciones del accionante y su hoja de vida, en aras de verificar el cumplimiento o no de dicha circunstancia. Es así como del folio 153 al 224 del cuaderno 1, reposa copia de las evaluaciones anuales que le realizaron al accionante, sin que esto haya sido apreciado por los accionados, incurriendo en una causal específica de vulneración al debido proceso por defecto fáctico, como se verá más adelante.

10.1.5. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación y/o de la junta asesora, una vez se expide el actor de retiro. Por lo tanto, en las actas de evaluación debe quedar constancia de

la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

Pese a que el accionante intentó conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron origen a su retiro, estas no le fueron informadas por la Policía Nacional. A pesar de todas las vías recorridas (administrativas y judiciales), esta Sala advierte que el señor Wilmer Uriel García Mendoza aún no ha tenido conocimiento de los motivos de su retiro. Por lo cual, no es posible acreditar el cumplimiento de este parámetro.

10.1.6. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservarán tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado.

En este caso no hubo alegatos referentes al carácter reservado de documentos, por lo cual no se evalúa este aspecto.

10.1.7. Si bien los informes de los comités de evaluación y las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pueden ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

Teniendo en cuenta que uno de los alegatos principales del actor estaba dirigido a demostrar que no existía una real relación entre su destitución y los fines de eficacia y eficiencia de la Policía Nacional, era necesario que los entes judiciales accionados confrontaran los motivos, las evaluaciones, la hoja de vida y/o los demás documentos relevantes para despejar cualquier duda de arbitrariedad. No obstante ni el Tribunal ni el Consejo de Estado efectuaron tal confrontación.

Por todos los motivos hasta ahora expuestos, esta Sala concluye que efectivamente se configuró la causal por desconocimiento del precedente constitucional y judicial.

10.2. Configuración del defecto fáctico.

Para la Sala, las autoridades judiciales accionadas incurrieron en un defecto fáctico, al negar

las pretensiones sin tener en cuenta la efectiva valoración de la hoja de vida del demandante por parte del Comité de Evaluación. Dicha prueba fue solicitada por el demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento y si bien fue aportada por la Policía Nacional, las sentencias atacadas por vía de tutela no hicieron valoración alguna de la hoja de vida del actor.

Al hablar de ausencia de valoración, se acusa a los entes judiciales de incurrir en la dimensión negativa del defecto fáctico, que se presenta cuando se omite o ignora la valoración o el decreto de una prueba determinante. Recuérdese que para configurar la causal, el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto. Para la Sala, la evaluación de la hoja de vida del accionante era imperiosa, toda vez que, al no contar con un documento que motivara las razones de la desvinculación, con el análisis de la hoja de vida se podría concluir si la desvinculación fue o no arbitraria, estudio que los jueces accionados pasaron por alto, limitándose a verificar la existencia de un concepto del comité de evaluación, como se vio anteriormente.

En consecuencia, era necesario que los jueces contencioso administrativos comprobaran si existía en realidad un nexo causal entre la destitución y los fines de eficacia y eficiencia de la Policía Nacional. Esta relación (destitución y mejoramiento del servicio) trató de ser desvirtuada por el ahora accionante, mediante la solicitud de valoración de su hoja de vida y la exhibición, en el proceso, de la evaluación que la Policía efectuó, ya que, en principio, el retiro podría resultar contradictorio, desproporcionado e irracional, frente a su excelente desempeño, sin embargo, pese a tener en el proceso la hoja de vida, no fue analizada por los jueces competentes.

Con todo, la Sala Plena revocará la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 03 de abril de 2014, que confirmó el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 16 de diciembre de 2013, mediante la cual se negó la acción de tutela, y en su lugar se concederá la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del accionante.

En su lugar, esta Corte tutelaré los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la defensa del señor Wilmer Uriel García Mendoza y, en consecuencia, dejará sin efecto las sentencias del Consejo de Estado[87], Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Segunda, Subsección B, del 27 de junio de 2013, que confirmó la sentencia proferida el 11 de octubre de 2011, por el Tribunal Administrativo de Antioquia[88], dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido en contra de la resolución 03215 del 31 de octubre de 1997, que ordenó el retiro del accionante.

A su vez la Sala Plena, ordenará a la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, proferir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

III. CONCLUSIONES.

1. Síntesis de los casos. Los casos que estudió la Sala estaban dirigidos a cuestionar providencias proferidas en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho por considerar que desconocieron la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la necesidad de motivar los actos de desvinculación de empleados en provisionalidad, y de miembros de la Policía Nacional.

1.1. En el caso T-4.354.893 la Corte reitero la sentencia de unificación SU-556 de 2014, jurisprudencia vigente en materia de retiro de funcionarios en provisionalidad, concluyendo que el nominador no puede entender que la facultad discrecional que le asiste, le releva del deber de motivar el acto administrativo a través del cual decide retirar del servicio a un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera de manera provisional.

1.2. En el caso T-4.360.585 la Corte reiteró las sentencias de unificación SU-053 de 2015 y SU-172 de 2015, jurisprudencia vigente en materia de motivación de actos de retiro de miembros de la Policía Nacional, concluyendo que si bien el acto de retiro puede no estar motivado, este debe estar sustentado en una evaluación suficiente y razonada del comité competente, que debe contener las razones objetivas y hechos ciertos, que logren demostrar concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es el mejoramiento del servicio. Dichas actas o informes deberán ser puestas en conocimiento del afectado, para que, de ser necesario, sean evaluadas en conjunto con la hoja de vida, por los jueces contenciosos administrativos en aras de determinar si existió arbitrariedad en la desvinculación.

Adicionalmente, la Sala encontró configurado un defecto fáctico en las providencias atacadas, pues contando con la hoja de vida del desvinculado, esta no fue analizada con el fin de determinar si existió arbitrariedad en la decisión de desvincular al accionante.

2. Decisión. Evidenciando el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad generales y particulares de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió revocar las sentencias de tutela que negaron la protección de los derechos de los accionantes, para en su lugar:

2.1. T-4.354.893 Dejar sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Huila el 04 de abril de 2013, mediante la cual confirmó el fallo del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva, del 25 de octubre de 2010, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se declarará la nulidad del acto de insubsistencia, ordenando que, (i) reintegre al accionante (solo si el cargo específicamente desempeñado no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso) y (ii) a título indemnizatorio, le paguen el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

3. Razón de la decisión. (i) Las autoridades judiciales incurren en desconocimiento del precedente, cuando en sentencias dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, que busca la anulación de actos discrecionales de retiro, bien sea de un funcionario en provisionalidad o de un miembro de la Policía Nacional, no tiene en cuenta los parámetros establecidos a través de los precedentes constitucionales, que se encaminan a evitar el uso arbitrario de la facultad discrecional. (ii) Por otra parte, cuando los jueces fallan sin analizar una prueba determinante, como lo es la hoja de vida del miembro de la policía desvinculado, la cual permitiría establecer si la Institución actuó dentro del marco de la legalidad o de la arbitrariedad, incurren en un defecto fáctico.

IV. DECISIÓN.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera del 6 de marzo de 2014, que confirmó lo previsto en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, del 23 de octubre de 2013, que negó las pretensiones del señor Marco José Cordero García. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial del Huila el 25 de octubre de 2010, y confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Huila, en fallo del 04 de abril de 2013, y en su lugar, ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación (i) reintegrar al señor Marco José Cordero García al cargo que desempeñaba al momento de ser desvinculado; y (ii) pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

El reintegro ordenado sólo será procedente cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Quinta, del 3 de abril del 2014, que confirmó el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, el 16 de diciembre de 2013, que negó las pretensiones del señor Wilmer Uriel García Mendoza. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTOS las sentencias del Consejo de Estado[91], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del 27 de junio de 2013, y la

sentencia proferida el 11 de octubre de 2011, por el Tribunal Administrativo de Antioquia[92], dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido en contra de la resolución 03215 del 31 de octubre de 1997, que ordenó el retiro del accionante.

QUINTO.- ORDENAR a la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional.

SEXTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (e)

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA SU-288/15

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida como establecimiento del derecho, según sentencia SU556/14 (Aclaración de voto)

Comparto esta decisión, pero aclaro el voto con el debido respeto para destacar que la Corte, en esta ocasión, decidió acertadamente no reiterar el argumento propuesto por las sentencias SU-556 de 2014 y SU-054 de 2015, conforme al cual la reducción de la

indemnización, a los servidores públicos en provisionalidad que sean desvinculados sin motivación, responde a la necesidad de proteger sus propios derechos. Como lo indiqué en las aclaraciones de voto que suscribí a esos dos fallos, dicho argumento resultaba innecesario para las decisiones, contradictorio y de hecho perjudicial para los tutelantes, por lo cual no era entonces convincente. La Sala ahora no reproduce ese razonamiento, y espero que no lo haga tampoco en futuras oportunidades

Ref.: Expedientes T-4.354.893 y T-4.360.585

Accionantes: T-4.354.893 Marco José Cordero García; y T-4.360.585 Wilmer Uriel García Mendoza.

Accionados: T-4.354.893 Tribunal Administrativo del Huila, Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva y la Fiscalía General de la Nación; y T-4.360.585 el Tribunal Administrativo de Antioquia, Subsección Laboral de Descongestión y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Comparto esta decisión, pero aclaro el voto con el debido respeto para destacar que la Corte, en esta ocasión, decidió acertadamente no reiterar el argumento propuesto por las sentencias SU-556 de 2014 y SU-054 de 2015, conforme al cual la reducción de la indemnización, a los servidores públicos en provisionalidad que sean desvinculados sin motivación, responde a la necesidad de proteger sus propios derechos. Como lo indiqué en las aclaraciones de voto que suscribí a esos dos fallos, dicho argumento resultaba innecesario para las decisiones, contradictorio y de hecho perjudicial para los tutelantes, por lo cual no era entonces convincente. La Sala ahora no reproduce ese razonamiento, y espero que no lo haga tampoco en futuras oportunidades.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

NECESIDAD DE MOTIVAR ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD
(Aclaración de voto)

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia (Aclaración de voto)/UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MOTIVACION DE LOS ACTOS DE RETIRO DISCRECIONAL DE LOS MIEMBROS ACTIVOS DE LA POLICIA NACIONAL-Subreglas (Aclaración de voto)

Frente a los fundamentos de la decisión adoptada estimo acertado reiterar las subreglas que pacífica y consistentemente ha sentado esta Corte en relación con el deber de motivación de los actos administrativos en materia de desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, sin embargo, debo precisar que no concurre en la reiteración que se hace de la subregla sentada en las sentencias SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 sobre la limitación de las indemnizaciones en este tipo de casos. La sentencia SU-288 de 2015, así como las otras decisiones de unificación citadas, consolidan una nueva posición de la Corte Constitucional que encuentro regresiva de los derechos de los trabajadores al servicio del Estado y que no puedo compartir. En mi criterio, es legítimo que los trabajadores busquen el restablecimiento judicial del vínculo laboral que la administración finalizó con franco desconocimiento del ordenamiento jurídico, y por tanto es necesario que se apliquen las consecuencias propias de la anulación de un acto administrativo de esas características.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida como establecimiento del derecho, según sentencia SU556/14 (Aclaración de voto)

El parámetro de indemnización no es proporcional con los perjuicios materiales, morales y

conexos que genera la situación de injusticia por la desvinculación. De hecho, la Corte disminuye el estándar de protección de los derechos laborales -salariales y prestacionales- de los empleados, y expone al Estado colombiano a posibles demandas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta oportunidad me permito aclarar el voto a la sentencia SU-288 de 2015, pues a pesar de compartir la decisión de amparar los derechos de los accionantes, considero que la Corte ha cambiado su posición respecto a la protección que merecen los trabajadores al servicio del Estado que han sido arbitrariamente desvinculados de sus empleos.

En la decisión de la referencia, se analizaron dos providencias proferidas en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que desconocieron la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la obligación de motivar los actos de desvinculación de los empleados de la Fiscalía nombrados en situación de provisionalidad, y de los miembros de la Policía Nacional.

Frente a los fundamentos de la decisión adoptada estimo acertado reiterar las subreglas que pacífica y consistentemente ha sentado esta Corte en relación con el deber de motivación de los actos administrativos en materia de desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, sin embargo, debo precisar que no concurre en la reiteración que se hace de la subregla sentada en las sentencias SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 sobre la limitación de las indemnizaciones en este tipo de casos.

La sentencia SU-288 de 2015, así como las otras decisiones de unificación citadas, consolidan una nueva posición de la Corte Constitucional que encuentro regresiva de los derechos de los trabajadores al servicio del Estado y que no puedo compartir. En mi criterio, es legítimo que los trabajadores busquen el restablecimiento judicial del vínculo laboral que la administración finalizó con franco desconocimiento del ordenamiento jurídico, y por tanto es necesario que se apliquen las consecuencias propias de la anulación de un acto administrativo de esas características.

Como expliqué en la aclaración de voto a la sentencia SU-556 de 2014, en los casos en los que se concede el amparo frente a arbitrariedades de la administración al no motivar el acto de desvinculación de los empleados en situación de provisionalidad, la indemnización

busca el restablecimiento de una relación laboral que se interrumpió indebidamente, por ello se ordena el reintegro al cargo ocupado sin solución de continuidad y el pago de los emolumentos que el trabajador habría percibido si el empleador estatal no hubiera obrado de manera antijurídica.

El argumento según el cual la retribución debe calcularse con base en un valor que no puede ser inferior a mínimo 6 meses de salario y máximo 24, porque este es el término máximo de duración de la situación de provisionalidad, no se corresponde con la realidad laboral de los servidores públicos del país. Dicho fundamento es errado porque es un hecho fehaciente que los cargos pueden durar en provisionalidad muchos años a raíz de la ineficiencia de los órganos encargados de realizar los concursos de méritos respectivos.

El ejemplo por antonomasia de dicha situación lo expone la misma sentencia en el expediente T-4.354.893-. En este caso, el actor fue desvinculado en mayo del año 2001, y la primera sentencia de la justicia contencioso administrativa se profirió el 25 de octubre de 2010, es decir casi 10 años después de su despido injusto.

Frente a esta situación no encuentro admisible sostener que una persona que fue desvinculada injustamente hace -hoy- 14 años, y a quien se le causó un grave perjuicio por cesarlo de su trabajo de manera inconstitucional, el Tribunal Constitucional, máximo garante de sus derechos fundamentales, le responda que a lo sumo tiene derecho al reconocimiento de 24 meses de indemnización.

El parámetro de indemnización no es proporcional con los perjuicios materiales, morales y conexos que genera la situación de injusticia por la desvinculación. De hecho, la Corte disminuye el estándar de protección de los derechos laborales -salariales y prestacionales- de los empleados, y expone al Estado colombiano a posibles demandas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Adicionalmente, observo con preocupación que la Corte intenta salvaguardar medios -instrumentos- técnicos como la sostenibilidad fiscal a costa de los fines esenciales del Estado, en este caso los derechos de los trabajadores, otorgándole status de principios o derechos fundamentales a la primera, pese a que esta Corporación (Sentencia C-288 de 2012) ha definido claramente que tal equiparación constituye un error metodológico.

Por las razones expuestas, aclaro mi voto concurrente en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA SU-288/15

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia (Aclaración de voto)

Comparto la solución dada al caso concreto, por cuanto se reiteraron las subreglas que ha construido la Corte en relación con el deber estatal de motivar los actos administrativos en materia de desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. No obstante, advierto con suma preocupación como la Corte en recientes providencias ha venido cambiando de posición -de forma regresiva- respecto de la protección de los derechos de los trabajadores en abierta contravía del precedente que esta misma Corporación ha decantado desde 1998, en particular, a través de las sentencias de unificación SU-917 de 2010 y SU-691 de 2011, según las cuales se venía garantizando plenamente el reintegro de los empleados que estando ocupando un cargo de carrera en provisionalidad fueron desvinculados sin que se motivara el acto administrativo. Precisamente, la fórmula del reintegro sin solución de continuidad les permitía el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir durante la cesación ilegal de su empleo, es decir, como si nunca se hubiera interrumpido la relación laboral.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN

MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida como restablecimiento del derecho, según sentencia SU556/14 (Aclaración de voto)

En un Estado social de derecho como el que describe nuestra Constitución Política, es deber del Estado reparar las situaciones que, bajo su entera responsabilidad, han desprovisto -sin justificación alguna- a un trabajador de su empleo. En efecto, la Corte ha venido amparando, vía tutela, esta clase de asuntos en los que tras un despido arbitrario (por parte del Estado) no solo se debe reintegrar al trabajador sino además pagarle una indemnización equivalente a lo que dejó de percibir durante su desvinculación de la administración. En este sentido, lo que se busca con el pago de una indemnización es el restablecimiento de una relación laboral que se interrumpió ilegal e indebidamente, y es por ello que se ordena el reintegro al cargo ocupado sin solución de continuidad y el pago de una indemnización por el equivalente al tiempo en el cual no trabajó.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Topes al monto de indemnización (Aclaración de voto)

Considero que imponer límites (entre 6 y 24 meses de salario) al monto de la indemnización de un trabajador de carrera despedido sin el cumplimiento de las formalidades legales y sin tener en cuenta el período que estuvo cesante, es no solamente desproporcionado sino vulneratorio de nuestra Constitución. Bajo esta interpretación, se hace aún más gravosa la situación del trabajador, que tras haber pasado por un largo proceso de desgaste físico, emocional y económico, ahora se le traslada también el peso de la ineficacia de la administración pública.

Referencia: Expedientes T-4.354.893 y T-4.360.585

T-4.354.893 sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, del 6 de marzo de 2014, que confirmó el fallo del Consejo de Estado, Sección Quinta, del 23 de octubre de 2013; y T-4.360.585, sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, del 03 de abril de 2014, que confirmó el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, el 16 de diciembre de 2013.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la referencia.

Si bien estoy de acuerdo con la decisión tomada por la mayoría en el caso sub examine, creo importante hacer algunas reflexiones acerca de la jurisprudencia que la Corte ha venido construyendo respecto de la protección constitucional de los empleados y funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad en cargos de carrera administrativa y han sido desvinculados de sus empleos de forma arbitraria, esto es, sin acto administrativo motivado.

1. En primer lugar, debo señalar que comparto la solución dada al caso concreto, por cuanto se reiteraron las subreglas que ha construido la Corte en relación con el deber estatal de motivar los actos administrativos en materia de desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

No obstante, advierto con suma preocupación como la Corte en recientes providencias[93] ha venido cambiando de posición -de forma regresiva- respecto de la protección de los derechos de los trabajadores en abierta contravía del precedente que esta misma Corporación ha decantado desde 1998, en particular, a través de las sentencias de unificación SU-917 de 2010 y SU-691 de 2011, según las cuales se venía garantizando plenamente el reintegro de los empleados que estando ocupando un cargo de carrera en provisionalidad fueron desvinculados sin que se motivara el acto administrativo. Precisamente, la fórmula del reintegro sin solución de continuidad les permitía el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir durante la cesación ilegal de su empleo, es decir, como si nunca se hubiera interrumpido la relación laboral.

Infortunadamente, ante esta posición más garantista para los trabajadores, se ha sobrepuesto una nueva interpretación establecida en las sentencias SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 que le ha puesto un límite -que desconoce la realidad del país- al monto de las indemnizaciones a percibir por los trabajadores de carrera cesados ilegalmente.

2. En un Estado social de derecho como el que describe nuestra Constitución Política, es deber del Estado reparar las situaciones que, bajo su entera responsabilidad, han desprovisto -sin justificación alguna- a un trabajador de su empleo. En efecto, la Corte ha venido amparando, vía tutela, esta clase de asuntos en los que tras un despido arbitrario (por parte del Estado) no solo se debe reintegrar al trabajador sino además pagarle una indemnización equivalente a lo que dejó de percibir durante su desvinculación de la administración.

En este sentido, lo que se busca con el pago de una indemnización es el restablecimiento de una relación laboral que se interrumpió ilegal e indebidamente, y es por ello que se ordena el reintegro al cargo ocupado sin solución de continuidad y el pago de una indemnización por el equivalente al tiempo en el cual no trabajó.

3. En conclusión, considero que imponer límites (entre 6 y 24 meses de salario) al monto de la indemnización de un trabajador de carrera despedido sin el cumplimiento de las formalidades legales y sin tener en cuenta el período que estuvo cesante, es no solamente desproporcionado sino vulneratorio de nuestra Constitución. Bajo esta interpretación, se hace aún más gravosa la situación del trabajador, que tras haber pasado por un largo proceso de desgaste físico, emocional y económico, ahora se le traslada también el peso de la ineficacia de la administración pública.

Como corolario no quisiera dejar de señalar que esta clase de interpretaciones regresivas e irracionales están dejando a los empleados y funcionarios públicos del Estado en una situación similar a la que nos presentó García Márquez en su célebre novela “El Coronel no tiene quien le escriba”, en la que su protagonista El Coronel (como nuestros trabajadores), espera algo que nunca va a llegar.

Fecha ut supra

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Tutela interpuesta por Marco José Cordero García contra el Tribunal Administrativo del Huila. Folio1, Cuaderno 1.

[2] Folios 83-91

[3] Folios 5-20

[4] Folios 102-123

[5] Folios 148-152

[6] Folios 159-172

[7] Folios 182-195

[8] Sentencia del 23 de enero de 2014, Rad. No. 11001 0325 000 2013 02234 00

[9] Tutela interpuesta por Wilmer Uriel García Mendoza. Folio 1, Cuaderno 1

[10] Folio 254, cuaderno 2

[11] Folio 298, cuaderno 2

[12] Folio 37, cuaderno 1

[13] Folio 39, cuaderno 1

[14] Folio 29, cuaderno 1.

[15] Folio 37, cuaderno 1

[16] Folio 35, cuaderno 1

[17] Folios 57-63, cuaderno 1

[18] Folios 69- 72, cuaderno 1

[19] Folios 82-89, cuaderno 1

[20] En Auto del veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014) la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de la Corte Constitucional, dispuso la revisión y acumulación de los expedientes de la referencia, al presentar unidad de materia y procedió a su reparto.

Posteriormente, el 27 de agosto de 2014, la Sala Plena de la Corte Constitucional asumió el conocimiento de los casos.

[21] Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”

[22] Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo

proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

[23] Ver folio 17 del cuaderno 1.

[24] Folio 37, cuaderno 1

[25] Folio 39, cuaderno 1

[26] Folios 57-63, cuaderno 1

[27] Folios 82-89, cuaderno 1

[28] Folio 234, cuaderno 1.

[29] Ver folio 279 del cuaderno 1.

[30] Cuando existe una carencia absoluta de competencia por parte del funcionario judicial que profiere la sentencia.

[31] Cuando la decisión judicial se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales o, en fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Sentencia C-590 de 2005, SU-817 de 2010.

[32] Surge cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el caso concreto. Al respecto ver sentencias SU-159 de 2002, T-996 de 2003 y T-196 de 2006, T-508 de 2011.

[33] Hace referencia a la producción, validez o apreciación de los elementos probatorios. En razón de la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es bastante restringido. Ver sentencias SU-817 de 2010, SU-447 de 2011, SU-195 de 2012.

[34] Hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable del juez, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la administración de justicia, por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Ver sentencias SU-214 de 2001, T-1180 de 2001, y SU-846 de 2000.

[35] Es deber de los funcionarios públicos, en razón de la necesidad de legitimidad de las decisiones adoptadas en un ordenamiento democrático, la motivación amplia y suficiente de las decisiones, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de los ciudadanos frente a dichas disposiciones. Ver sentencia T-114 de 2002.

[36] Se presenta cuando habiendo la Corte Constitucional establecido el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario aplica una ley limitando su alcance. Ver sentencias SU-047 de 1997, SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999.

[38] Sentencia SU-226 de 2013.

[39] Sentencia SU- 159 de 2002.

[40] Ver Sentencia SU-447 de 2011

[41] Sentencia SU-226 de 2013.

[42] Sentencia SU-226 de 2013.

[43] Sobre defecto fáctico por omisión de valoración probatoria, se pueden ver; T-814 de 1999, T-450 de 2001, T-902 de 2005, T-1065 de 2006, T-162 de 2007, entre otras.

[44] Sentencia T-078 de 2010.

[45] Sentencia T-441 de 2010.

[46] Sentencia T-086 de 2007.

[47] Sobre la labor interpretativa del juez, en la sentencia T-330 de 2005, se indicó: “La actividad judicial supone la interpretación permanente de, entre otras cosas, disposiciones jurídicas. Ello implica que al funcionario corresponde determinar en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener y tienen comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivan de ella, por esta razón, efectos disímiles.”

[48] Al respecto, en la sentencia C-836 de 2001, al estudiar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, relativo a las decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de

Justicia que constituyen doctrina probable, este Tribunal sostuvo: “La función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado (...)”. Consultar adicionalmente la sentencia T-441 de 2010.

[49] Sobre este punto, en la citada sentencia C-836 de 2001, la Corte concluyó: “para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez constitucional debe partir de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna”.

[50] Cabe advertir que, en criterio de la Corte, no toda divergencia interpretativa en este ámbito constituye una vía de hecho. Al respecto, en la sentencia T-302 de 2006, se precisó: “la Corte Constitucional ha sido unánime al señalar que siempre que la interpretación normativa que los operadores jurídicos hagan de un texto legal permanezca dentro del límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho. (...) || Por tanto, no es dable sostener que la interpretación que hacen los operadores judiciales de las normas, se torna violatoria de derechos fundamentales por el solo hecho de contrariar el criterio interpretativo de otros operadores jurídicos, e incluso de los distintos sujetos procesales.”

[51] T-292 de 2006.

[52] Sentencia T-918 de 2010.

[53] Sentencia SU-047 de 1999.

[54] Sobre el particular, en la sentencias T-766 de 2008, se sostuvo: “el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-049 de 2007).”

[55] En relación con el contenido de la ratio decidendi en la sentencia T-117 de 2007 la Corte señaló que “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”. Igualmente consultar T-569 de 2001.

[56] Sentencia T-918 de 2010.

[57] Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441 de 2010 y T-014 de 2009.

[58] Sentencia T-918 de 2010.

[59] Al respecto en la sentencia T-468 de 2003, la Corte señaló que “en la medida en que la Constitución Política (C.P. arts. 228 y 230) les reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, el principio de igualdad, en materia judicial, no puede interpretarse de manera absoluta, so pena de petrificar el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, impedir que las normas se ajusten a los cambios sociales, políticos y económicos que les dotan de pleno contenido y significación.”.

[60] Sentencia T-688 de 2003. Además, en esta oportunidad se sostuvo: “El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento,

introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido ratio decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen.”

[61] Ver entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

[62] Sentencia T-918 de 2010. Sobre este punto, por ejemplo, en la sentencia T-330 de 2005, esta Corporación precisó: “en suma, prima facie, los funcionarios judiciales están vinculados por la obligación de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre los mismos una carga de argumentación más estricta. Es decir deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan.” Así mismo, en la sentencia T-468 de 2003, la Corte concluyó: “[S]i en la interpretación y aplicación de la ley se dota a la norma jurídica de contenido y significación, es obvio que las autoridades judiciales no pueden desconocer o inaplicar un precedente en un caso determinado, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique dicho cambio de criterio (precedente horizontal) o resulte admisible un tratamiento desigual a partir de la diversidad de circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez (precedente vertical).”

[63] Artículo 4 de la Constitución Política

[64] T-007 de 2008 y T-254/06

[65] Cabe recordar que en el caso de la Sentencia C-634 de 2011, la norma demandada de la Ley 1437 de 2011, artículo 10, disponía que las autoridades debían tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al adoptar decisiones de su competencia y, en el caso de la Sentencia C-816 de 2011 se cuestionaba el artículo 102 de la misma ley que determinaba los supuestos de extensión de los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

[66] C-816 de 2011

[67] Posición reiteranda en la sentencia SU-054 de 2015.

[68] ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

[69] Son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado. Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

[70] artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

[71] Dichas apreciaciones son válidas tanto para el texto del Decreto 1 de 1984, como para la Ley 1437 de 2011, dado que el sentido de las disposiciones se mantuvo, al insistir que son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.

[72] Sentencia SU-556 de 2014.

[73] Sentencia C-179 de 2006.

[75] Sentencia C-564 de 1998.

[76] Sentencia C-179 de 2006.

[77] Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la

convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

[78] Ver folio 81 de cuaderno 1.

[79] Folios 83-91

[80] Folios 5-20

[81] Folio 254, cuaderno 2

[82] Folio 298, cuaderno 2

[83] Folios 129 al 131 del cuaderno 1.

[84] Folios 126 al 128 del cuaderno 1.

[85] Folios 124 al 125 del cuaderno 1.

[86] Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia.

[87] Folio 298, cuaderno 2

[88] Folio 254, cuaderno 2

[89] Folio 298, cuaderno 2

[90] Folio 254, cuaderno 2

[91] Folio 298, cuaderno 2

[92] Folio 254, cuaderno 2

[93] SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015