Sentencia SU-691/11

CARGOS DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD DEL SENA Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Desvinculación mediante acto administrativo carente de motivación

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR FALTA DE MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración sentencia SU917/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR FALTA DE MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Procedencia

REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Deber de motivar actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad

MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Jurisprudencia del Consejo de Estado

MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Líneas jurisprudenciales distintas entre jurisdicción constitucional y administrativa

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO-Pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la desvinculación hasta la supresión del cargo sin solución de continuidad

ACCION DE TUTELA CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Reintegro sin solución de continuidad, pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo

DESVINCULACION DE TRABAJADORES SIN MOTIVACION QUE SIGUEN VINCULADOS CON EL ESTADO-Descuento por desempeño en otros cargos públicos en el mismo tiempo de desvinculación por cuanto genera enriquecimiento sin causa

ACCION DE TUTELA POR DESVINCULACION DE TRABAJADOR DEL SENA-Aplicación de la figura

de sucesión procesal a favor de cónyuge sobreviviente

Referencia: expedientes T-2.729.320; T-2.727.673 y T-2.719.943 (Acumulados).

Acción de tutela instaurada por José Ricardo Sarmiento Hoyos contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; Luis Arturo Buitrago Torres contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá; y David Norberto Garzón Cometta contra el Tribunal Administrativo del Huila y el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones de amparo adoptadas en los siguientes asuntos: José Ricardo Sarmiento Hoyos contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (expediente T- 2.729.3209); Luis Arturo Buitrago Torres contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá (expediente T- 2.727.673); y David Norberto Garzón Cometta contra el Tribunal Administrativo del Huila y el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva (expediente T-2.719.943).

Los anteriores expedientes de tutela fueron acumulados por la Sala de Selección núm. 9, mediante auto del 7 de septiembre de 2010, por presentar unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y pretensiones

Las controversias presentes en los expedientes acumulados tienen como denominador común que los peticionarios venían desempeñando, en provisionalidad, cargos de carrera en el SENA y en la Fiscalía General de la Nación. Todos ellos fueron desvinculados, de sus respectivas Entidades, mediante actos administrativos carentes de motivación. Acudieron igualmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con la pretensión de que los mencionados actos fueran anulados, y consecuentemente, se obtuviera el respectivo restablecimiento del derecho. En todos los casos, los jueces negaron las pretensiones, motivo por el cual decidieron instaurar acción de tutela contra tales decisiones judiciales.

Así las cosas, se resumen a continuación los hechos relevantes alegados en cada uno de los expedientes de amparo.

a. Expediente T- 2.729.320

1. El señor Antonio José Ricardo Sarmiento Hoyos, quien es profesional graduado en Administración de Empresas, con estudios de especialización, fue vinculado al Servicio Nacional de Aprendiza SENA, en el cargo de Jefe Grado 01 de la Regional Bogotá, mediante acto administrativo del 17 de mayo de 2000.

1. Asegura que “se le solicitó por parte del nuevo Director Regional del SENA de Bogotá-Cundinamarca que debía presentar renuncia de mi cargo, lo cual hizo a través del jefe encargado de la división de recursos humanos del SENA Nacional, Doctor HERNANDO GUERRERO GUÍO”.

1. Afirma que “manifesté a dicho funcionario que no tenía por qué renunciar y así me mantuve hasta la declaratoria de insubsistencia”.

2. Sostiene igualmente que con la llegada del nuevo Director se produjo un despido masivo

de trabajadores “de libre nombramiento y remoción y de algunos que se encontraban en provisionalidad en cargos de carrera administrativa”.

1. El peticionario alega que con su remoción del cargo no se mejoró la prestación del servicio, que jamás tuvo un llamado de atención ni se le adelantó proceso disciplinario alguno en su contra.

1. Afirma que “En virtud de la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación, además de la desviación de poder que se probó, demandé la Resolución mencionada ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

1. El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante providencia del 2 de agosto de 2007, negó las pretensiones del peticionario, fallo que fue confirmado el 4 de febrero de 2010 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado.

b. Expediente T- 2.727.673

1. El señor Luis Arturo Buitrago Torres fue nombrado mediante resolución del 11 de abril de 1988, en el cargo de agente investigador grado 11 de la Dirección de Instrucción Criminal. “en donde laboré desde el 16 de junio de 1988 hasta el 30 de junio de 1992, al desaparecer la entidad”.

1. Por mandato legal fue incorporado a la planta de la Fiscalía General de la Nación, mediante un nombramiento en provisionalidad. Mediante resolución del 15 de julio de 1994 fue ascendido al cargo de investigador judicial II.

1. Posteriormente, mediante Resolución núm. 0084 del 30 de mayo de 1995, el peticionario fue trasladado de la Dirección Seccional del CTI de Valledupar a aquella de Bogotá, “en donde además de las funciones de investigador, fui (sic) de las funciones de Jefe de Sección de información y Análisis”.

1. Mediante resolución del 9 de enero de 1998 el peticionario fue trasladado de la Dirección Regional del CTI a la División de Investigaciones de la Dirección Nacional del mismo, “en donde cumplí funciones de investigador judicial, Coordinador del Grupo de Ley 30/86 (antinarcóticos), hasta el día 14 de agosto de 2001, pese a mi buen desempeño y experiencia, de manera verbal inicialmente y luego mediante oficio NO.DNCTI 1996, fue relegado a la función de investigador del Grupo de Verificación del CTI”.

1. Agrega que “advertida la persecución laboral por el desmejoramiento de la función, resolví presentar renuncia a mi cargo el día 21 de agosto de 2001, indicando al señor Fiscal General de la Nación el motivo de la misma, recibiendo como única respuesta la resolución No. 0318 del 29 de agosto de 2001 (notificada el 03 de septiembre), en donde se me comunicó que “en uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política”, resolvió “declarar insubsistente del nombramiento efectuado al suscrito del cargo de INVESTIGADOR JUDICIAL II de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación”.

1. Posteriormente, el accionante demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la mencionada resolución. El Juzgado 3 Administrativo de Bogotá, mediante sentencia del 7 de julio de 2008, decidió negar las pretensiones de la demanda. La anterior decisión fue confirmada, el 12 de noviembre de 2009, por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

c. Expediente T- 2.719.943

1. Asegura el peticionario que se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, como Auxiliar Administrativo I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Neiva, “nombramiento que se efectuó mediante Resolución No. 0-0705 del 13 de agosto 1993”.

1. Mediante resolución de julio de 1994 fue nombrado como Auxiliar Administrativo III de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Neiva. Luego “con resolución No. 0-2489 del 17 de noviembre de 1994 se me designó como Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Neiva. Mediante Resolución No. 0-1194 del 1 de agosto de 1999 me vinculé como Profesional Universitario I de la misma Dirección Seccional. La Resolución No. 0-1537 del 4 de agosto de 2000, me nombra como Investigador Judicial II de la Dirección Seccional del CTI de Neiva”.

1. El Fiscal General de la Nación, mediante resolución núm. 0-0323 del 18 de febrero de 2003, declaró insubsistente del cargo de Investigador Judicial II al peticionario, acto que no fue motivado.

1. Alega que todo fue una persecución en su contra, emprendida por el Fiscal Coordinador de la Subunidad de Apoyo de Neiva, y que fue desvinculado de la Entidad “A pesar de grandiosas calidades observadas desde el principio de mi labor”.

1. Finalmente, el peticionario acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habiendo obtenido fallos desfavorables a sus pretensiones en ambas instancias judiciales.

2. Intervenciones de las autoridades públicas accionadas

a. Expediente T- 2.729.320

El Consejero de Estado Víctor Hernando Alvarado Ardila, mediante escrito del 27 de abril de 2010, se opuso a la procedencia del amparo solicitado argumentando que (i) la acción de

tutela procede sólo de manera excepcional contra providencias judiciales; (ii) no es viable acoger la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en materia de la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se desvinculan funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; y (iii) de conformidad con el artículo 230 Superior, los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, se limitó a remitir fotocopia del fallo contra el cual se dirige la acción de tutela.

Por su parte, Hernando González Rueda, Coordinador del Grupo de Recursos y Peticiones de la Dirección Jurídica de la Dirección Seccional del Sena, luego de traer a colación la sentencia C- 543 de 1992, insiste en la improcedencia del amparo en el caso concreto por cuanto "que la decisión adoptada por un juez o tribunal disguste o moleste a una de las partes se configura una vía de hecho. Esta, para hacer posible el amparo, debe ser de tal entidad y proporción que signifique protuberante y grave trasgresión de la normatividad que ha debido regir el proceso, ejercicio abusivo de la función judicial y designio personal y caprichoso del juez".

b. Expediente T- 2.727.673

La Fiscalía General de la Nación, mediante escrito radicado el 1 de febrero de 2010, se opuso a las pretensiones de la demanda, en esencia, recordando la línea jurisprudencial que ha mantenido el Consejo de Estado en materia de ausencia de necesidad de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declaran insubsistentes los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

El Juzgado 3 Administrativo de Bogotá se pronunció igualmente recordando lo decidido por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de marzo de 2003, sentencia en la cual se sostiene que no es necesario motivar los mencionados actos administrativos.

c. Expediente T- 2.719.943

Los Magistrados del Tribunal Administrativo del Huila, mediante escrito del 18 de enero de 2010, se opusieron a las pretensiones de la demanda, indicando que "En nuestro sentir, la decisión adoptada lejos de ser "subjetiva y caprichosa" fue proferida en derecho, con

fundamento en el análisis del acervo probatorio y la normatividad y jurisprudencia aplicables sobre la materia, procediéndose a confirmar la providencia impugnada, lo que no se compadece con la aseveración del actor, al manifestar que se ha incurrido en una vía de hecho".

La Fiscalía General de la Nación, mediante escrito radicado el 18 de enero de 2010, se opuso a las pretensiones de la demanda, en esencia, recordando la línea jurisprudencial que ha mantenido el Consejo de Estado en materia de ausencia de necesidad de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declaran insubsistentes los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

a. Expediente T- 2.729.320

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de mayo de 2010, decidió rechazar por improcedente el amparo demandado, por cuanto "según la posición reiterada de esta Corporación, adoptada mediante auto del 13 de junio de 2006, la Sala Plena determinó que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, en razón de que la acción no fue así establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y, además, porque el artículo 40 del Decreto 2591, reglamentario de la acción de tutela, que la permitía, fue declarado inexequible por la sentencia C- 543 de 1992".

El citado fallo de amparo no fue impugnado.

b. Expediente T- 2.727.673

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de febrero de 2010, decidió negar el amparo solicitado por cuanto "esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha sostenido que la acción de tutela resulta improcedente contra sentencias, salvo que se haya lesionado el derecho de acceso a la administración de justicia, pues la sola existencia de un proceso terminado mediante providencia firme, evidencia que el afectado tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que pudo ejercerlo, bien como demandante o como impugnador, hasta agotarlo, siendo inviable que una decisión judicial en firme sea objeto de un nuevo debate".

La anterior decisión fue impugnada alegando que, en el caso concreto, sí se había presentado una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia y que además se cumplen los presupuestos de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, señalados por la Corte Constitucional.

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, mediante providencia del 12 de mayo de 2010 decidió rechazar por improcedente el amparo solicitado, por cuanto la acción de tutela contra sentencias atenta contra los principios de autonomía e independencia de los jueces.

c. Expediente T- 2.719.943

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de febrero de 2010, decidió rechazar por improcedente el amparo solicitado, ya que "Bajo la consideración de que la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la independencia y autonomía judicial son pilares esenciales del Estado de Derecho, la Sección Cuarta ha reiterado, enfáticamente, la improcedencia de la tutela contra decisiones judiciales".

El accionante impugnó el fallo reiterando, en esencia, los hechos y las razones de derecho invocadas en su petición inicial.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de providencia del 20 de mayo de 2010, decidió confirmar el fallo impugnado por cuanto "Fundada en estos razonamientos, sólo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece de un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos".

4. Pruebas relevantes obrantes en cada expediente

a. Expediente T- 2.729.320

– Petición de amparo.

– Fotocopia de la sentencia de 2 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2003-01349, en el caso de Antonio José Ricardo Sarmiento Hoyos contra el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

– Fotocopia de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2010, expedida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, dentro del mismo expediente.

b. Expediente T- 2.727.673

– Petición de amparo.

– Resolución del 29 de agosto de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación.

– Fotocopia de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en la acción de nulidad adelantada por el señor Luis Arturo Buitrago Torres contra la Fiscalía General de la Nación.

– Fotocopia de la sentencia expedida el 7 de julio de 2008 por el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, la acción de nulidad adelantada por el señor Luis Arturo Buitrago Torres contra la Fiscalía General de la Nación.

c. Expediente T- 2.719.943

– Petición de amparo.

– Fotocopia de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Huila, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor David Norberto Garzón Cometta contra la Fiscalía General de la Nación.

– Fotocopia de la sentencia expedida el 25 de junio de 2008, por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho elevada por el señor David Norberto Garzón Cometta contra la Fiscalía General de la Nación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación de los respectivos casos y de sus problemas jurídicos

Se trata de tres asuntos que presentan notorias semejanzas, motivo por el cual la Corte decidió acumular los respectivos expedientes.

Así pues, en el primer caso se trata del señor Sarmiento Hoyos, quien venía laborando en el Servicio Nacional de Aprendiza SENA, en el cargo de Jefe Grado 01 de la Regional Bogotá, puesto del cual fue desvinculado mediante acto administrativo carente de motivación. Ante tal situación, decidió acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, alegando desviación de poder.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante providencia del 2 de agosto de 2007, negó las pretensiones del peticionario, fallo que fue confirmado el 4 de febrero de 2010 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado.

El segundo caso versa sobre un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, quien venía desempeñándose como Investigador Judicial II, hasta el día 29 de agosto de 2001, fecha en la cual fue declarado insubsistente, mediante acto administrativo no motivado. Acudió entonces ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, alegando una persecución laboral en su contra.

El Juzgado 3 Administrativo de Bogotá, mediante sentencia del 7 de julio de 2008, decidió negar las pretensiones de la demanda. La anterior decisión fue confirmada, el 12 de noviembre de 2009, por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Finalmente, el expediente T- 2.719.943 trata sobre el caso de un Investigador Judicial II de la Fiscalía General de la Nación, quien mediante resolución núm. 0-0323 del 18 de febrero de

2003, fue declaró insubsistente, mediante acto administrativo no motivado.

Al igual que en los demás casos, el peticionario acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habiendo obtenido fallos desfavorables a sus pretensiones en ambas instancias judiciales.

Ahora bien, es preciso señalar que en los tres casos acumulados, los peticionarios decidieron acudir ante los jueces administrativos, sin haber interpuesto previamente sendas acciones de tutela, a efectos de que los actos administrativos mediante los cuales fueron desvinculados de sus respectivas entidades, fueran debidamente motivados. De igual manera, en todos los casos se trata de funcionarios que venían desempeñando, en provisionalidad, cargos de carrera.

Así las cosas, se trata, en los tres asuntos, de acciones de tutela contra providencias judiciales, una de ellas proferida por el Consejo de Estado.

Aunado a lo anterior, en aplicación del segundo inciso del artículo 54ª del Acuerdo 05 de 1992, por tratarse de una acción de tutela instaurada contra una providencia del Consejo de Estado, el expediente T- 2.729.320 fue presentado el día 27 de abril de 2011 por el Magistrado Ponente ante la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual decidió asumir competencia en el presente asunto, de lo cual quedó constancia en el Acta de Sala Plena del mismo día.

Así, en el caso del señor Antonio José Sarmiento Hoyos contra el SENA (exp. T.2.729.320), el Director Regional (e) del SENA, mediante oficio del 29 de noviembre de 2010, afirmó lo siguiente:

“La vacante del cargo Jefe grado 01 de la División de Organización y Sistemas que ocupaba en calidad de nombramiento en provisionalidad el señor Antonio José Sarmiento Hoyos identificado con C.C. 9.514.811, fue ocupado mediante resolución 1334 y acta de posesión 206 del 01 de noviembre de 2002 en calidad de encargo por el señor Jorge Albeiro Martínez Pineda identificado con C.C. 79.563.976, ex funcionario de carrera administrativa, hasta el 25 de abril de 2004, fecha en la cual el cargo de Jefe 01 fue suprimido de la Planta de la Regional Distrito Capital”

Por otra parte, en relación con los funcionarios retirados del CTI, la Dra. Sandra Maritza Giraldo Carmona, Jefe de la Oficina de personal, mediante oficio del 3 de noviembre de 2010, respondió lo siguiente:

“El cargo de Investigador Judicial II que desempeñaba el señor LUIS ARTURO BUITRAGO TORRES, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.252.513, fue ocupado por la señora JACQUELINE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.700.874, en provisionalidad en virtud del traslado a la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), quien en la actualidad se encuentra retirada de la entidad.

El cargo del Investigador Judicial II que desempeñaba el señor DAVID NORBERTO GARZÓN COMETTA, identificado con la cédula de ciudadanía no. 7.685.030 fue ocupado por el señor JOHN WILLIAM LOSADA AGUIRRE, identificado con la cédula de ciudadanía no. 12.190.578, quien fue nombrado en provisionalidad en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de Neiva”.

Más adelante, en el mismo oficio, la mencionada funcionara aclara lo siguiente:

“Por lo anterior, me permito manifestarle que el Régimen de Carrera Administrativa para el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), se encuentra reglamentado, pero a la fecha no ha sido implementado, motivo por el cual la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de Administración de la Carrera CNAC, viene adelantando los trámites pertinentes para dar inicio al concurso de méritos en esta área”.

En este orden de ideas, la Corte reiterará sus líneas jurisprudenciales, presentes en la sentencia SU- 917 de 2010, referentes a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales proferidas por los Jueces y Magistrados de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en las cuales no se ha considerado que la administración deba motivar el acto de desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, y por ende, han negado las demandas instauradas en tal sentido. Seguidamente, se resolverán los casos concretos.

3. Las líneas jurisprudenciales sentadas en la sentencia SU- 917 de 2010

La Corte Constitucional, en sentencia SU- 917 de 2010, reiteró y unificó las diversas líneas jurisprudenciales que, a lo largo de los años, ha venido construyendo en relación con (i) la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; (ii) la discrecionalidad relativa y la excepción de motivación de actos administrativos; (iii) el vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad; (iv) la procedencia de la acción de tutela contra providenciales judiciales que desconocen el inexcusable deber de motivar los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad; (v) la jurisprudencia del Consejo de Estado y su abierta incompatibilidad con la Constitución y jurisprudencia de la Corte en materia de ausencia de motivación de los mencionados actos administrativos; (vi) y los diversos mecanismos de protección judicial.

Ahora bien, dado que existen incontables fallos de control abstracto de constitucionalidad y de amparo referidos a los mencionados temas, y que por ende, carecería de sentido entrar a trascribir numerosos extractos jurisprudenciales en la materia, la Sala de Revisión estima conveniente retomar lo dicho en sentencia SU- 917 de 2010, en relación con dos temas que guardan una estrecha relación con la solución de los casos concretos: (i) el régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y el deber de motivar los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad; y (ii) las soluciones que debe aplicar el juez de tutela cuando se instaure una acción de tutela contra providencias judiciales que no acataron la jurisprudencia constitucional en la materia.

Así, en cuanto al primer tópico, la Corte en sentencia SU- 917 de 2010, consideró lo siguiente:

“b.- El régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y el deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad.

De acuerdo con el artículo 253 de la Constitución, al Legislador corresponde, entre otros asuntos, determinar “lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio”. El artículo 5º transitorio constitucional dio facultades al Presidente de la República para “expedir las normas que organicen la Fiscalía General de la Nación”, como en efecto se hizo con el Decreto 2699 de 1991, “por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

El Decreto Ley 2699 de 1991 consagró el régimen de carrera para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación (art. 65 y siguientes), donde el artículo 73 autorizó la vinculación excepcional mediante provisionalidad1 y el artículo 100-5 el retiro por "insubsistencia discrecional, en los cargos de libre nombramiento y remoción".

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, señaló que la Fiscalía General de la Nación tendría su propio régimen de carrera, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, "orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman" (art. 159), norma ésta declarada exequible por la Corte Constitucional2.

El Decreto Ley 261 de 2000 modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación y lo relativo al régimen de carrera de la institución (Título VI), en cuyo artículo 117 consagró la vinculación en provisionalidad3.

Finalmente, la Ley 938 de 2004, "por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación", reguló la administración de personal y el régimen especial de carrera. El artículo 70 autorizó el nombramiento excepcional en provisionalidad4, mientras que el artículo 73 estipuló el retiro de la carrera mediante acto motivado y en los demás casos en ejercicio de la facultad discrecional5.

Los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004 fueron objeto de control constitucional en la Sentencia C-279 de 2007. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de dichas normas, "en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia". En ese fundamento jurídico la Sala reafirmó su extensa jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación y sobre esa base condicionó la validez de las normas objeto de control. Dijo entonces6:

"En múltiples oportunidades (entre otras, las sentencias T-1206 de 2004, T-031 de 2005, T-161 de 2005, T-222 de 2005, T-267 de 2005, T-392 de 2005, T-648 de 2005, T-660 de 2005, T-804 de 2005, T-1159 de 2005, T-1162 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005,

T-1323 de 2005, T-081 de 2006, T-156 de 2006, T-653 de 2006), la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna.

– El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006 se definió este derecho como: "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (T-522/02)".

– La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso (SU-250/98).

– En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableció que cuando un servidor público ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculación debía ser motivado, "pues solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación" (SU-258/98, T-951/04). La Corte también ha distinguido entre la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción y la de los servidores de carrera, y resaltó que respecto de los primeros no existe el deber de motivación, en razón de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sí es necesaria dicha motivación (T-951/04). Así, desde la sentencia T-800 de 1998 se estableció que (…).

– Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

– Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005).

(…)

Es preciso destacar que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario público nombrado en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que los funcionarios nombrados en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera, y en particular el derecho

a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente".

La línea jurisprudencial trazada en relación con el deber de motivación de los actos de retiro de servidores de la Fiscalía General de la Nación vinculados en provisionalidad ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores y recientes de esta Corporación7.

A su vez, en relación con las soluciones que debe adoptar el juez constitucional cuando quiera que se instaure una acción de amparo contra una decisión judicial en la cual se consideró que no se requería motivar los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte en sentencia SU- 917 de 2010, consideró lo siguiente:

Analizado lo anterior, queda por explorar cuáles son las herramientas que tiene a su alcance el juez de tutela para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando se hayan visto vulnerados por una autoridad judicial y específicamente en los casos asuntos bajo revisión.

i. Medidas que el juez de tutela puede adoptar cuando los jueces ordinarios desconocen el precedente constitucional

ii.

Cuando la circunstancia descrita se presenta en una decisión judicial – desconocimiento del alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias-, el juez de tutela debe adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos conculcados, por supuesto siempre y cuando se haya verificado el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Para ello se observan varias alternativas a las cuales podría acudir dependiendo de las circunstancias que plantee el caso8:

– La primera hipótesis se presenta cuando en el proceso ordinario o ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la

sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional9.

Así ha procedido la Corte en algunas ocasiones frente a las decisiones judiciales relacionadas con actos de retiro sin motivación de servidores vinculados en provisionalidad. Por ejemplo, en la Sentencia T-170 de 2006 la Corte revocó el fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado y en su lugar declaró ejecutoriado el de la Subsección "B" de la Sección Segunda; este fallo, proferido antes de la unificación contraria a la jurisprudencia constitucional, había anulado el acto de retiro sin motivación de un empleado de Fiscalía General de la Nación vinculado en provisionalidad. En últimas, la Corte dejó en firme el reintegro así como el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir.

Igualmente, en la Sentencia T-891 de 2008, en un asunto de similares características, esta Corporación dejó sin efecto el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado y en su lugar declaró ejecutoriado el de primera instancia, en esa oportunidad dictado por el Tribunal Administrativo de Arauca, que en declaró la nulidad del acto y ordenó el reintegro de la peticionaria en aquel entonces.

– La segunda hipótesis se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.

La Corte así lo ha dispuesto también en algunos casos similares a los ahora revisados. Por ejemplo, en la Sentencia T-1112 de 2008 dejó sin efecto la sentencia dictada por un tribunal administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra la Fiscalía General de la Nación ante la insubsistencia de nombramiento en provisionalidad sin la motivación del acto. En su lugar, ordenó proferir un nuevo fallo en el que se tuvieran en cuenta las reglas fijadas por la Corte Constitucional.

Esta decisión también fue adoptada en las Sentencias T-254 de 2006, T-410 de 2007, T-887 de 2007, T-1092 de 2007, T-437 de 2008, T-341 de 2008, T-580 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009 y T-186 de 2009, en asuntos con supuestos fácticos semejantes. De ellas se destaca la reciente Sentencia T-736 de 2009, donde la Corte dejó sin efecto el fallo de un Tribunal Administrativo que denegó la nulidad de un acto de insubsistencia de un empleado

de la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad, quien fue desvinculado sin la motivación del acto. Siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia, sostuvo de manera categórica lo siguiente:

“La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación”. (Resaltado fuera de texto).

Fue así como la Sala Primera de Revisión de la Corte ordenó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferir una nueva sentencia conforme a los lineamientos jurisprudenciales antes mencionados, advirtiendo expresamente que el nuevo fallo “deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y los precedentes de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que han determinado que la ausencia de motivación de la declaración de insubsistencia de un nombramiento en un cargo de carrera, en provisionalidad, constituye una vulneración al debido proceso”.

En estos eventos el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad10.

Así las cosas, queda clara la procedencia del amparo contra decisiones judiciales que se aparten de los numerosos precedentes sentados por la Corte en materia de falta de motivación de actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Lo importante será entonces verificar en cuál de las tres hipótesis

planteadas por esta Corporación en sentencia SU- 917 de 2010 se encuentra el caso concreto, a efectos de decidir el contenido de la orden a impartir.

4. Postura jurisprudencial del Consejo de Estado acerca de la desvinculación inmotivada de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Fallos recientes

En numerosas ocasiones, el Consejo de Estado ha examinado el tema de la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Para mayor ilustración se analizará (i) la postura tradicional asumida por aquél durante la vigencia de la ley 443 de 1998, y (ii) los cambios recientes de jurisprudencia.

4.1. Postura tradicional del Consejo de Estado

En sentencia del 12 de febrero de 2004, el Consejo de Estado consideró que los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente, según lo previsto en los decretos reglamentarios 1950 de 1973, art. 107 y 1572 de 1998, art. 7º. En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107 establecía: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados".

Esta disposición fue declarada ajustada a derecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 12 de febrero de 2004. En aquel entonces, el actor solicitó la nulidad de la expresión "o provisional" por considerar que excedía la potestad reglamentaria desconocer lo reglado en el artículo 26 del decreto ley 2400 de 1968 y disponer la discrecionalidad para el retiro del servicio de los empleados provisionales, cuando ella "está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción".

En aquella oportunidad el Consejo de Estado planteó como argumentos principales para mantener la legalidad de la disposición acusada, los siguientes:

- La norma no se refiere al cargo sino a la situación del empleado que no pertenezca a una carrera.

- El nombramiento provisional se produce cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la

respectiva carrera, sin que otorgue fuero alguno de estabilidad, pues “el empleado no ha accedido a la carrera por los medios legales”.

- Los derechos de carrera administrativa se derivan del sometimiento a la superación satisfactoria de las etapas del concurso.

Respecto del alcance de las expresiones “empleo” y “empleado”, precisó la sentencia:

“Para el actor, el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 sólo puede interpretarse en el sentido de que la potestad discrecional está referida a los empleos de libre nombramiento y remoción, es decir a los nombramientos ordinarios, ya que la expresión “empleo” que utiliza la norma así lo indica, dejando a un lado la situación del empleado, vocablo éste que sí utiliza el inciso segundo, argumento que resulta errado en sentir de la Sala.

(…)

Nótese que el sujeto rector de la frase es la situación del empleado frente a la pertenencia a una carrera, no respecto a un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera como pretende el demandante.

Entender, pues la prescripción del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 como pretende el demandante, llevaría al absurdo de predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, ostenta la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para desempeñar la función”.

Conviene asimismo señalar que, ha sido criterio reiterado de la Sala Segunda del Consejo de Estado el precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

Bajo la línea del precedente judicial, la jurisprudencia de la Subsección al estudiar la

situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral que reclaman por ocupar un cargo de carrera administrativa respecto del cual no se ha surtido el proceso de selección, ha acogido la tesis expresada en sentencia de 13 de marzo de 2003 en la que con el fin de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo, se precisó:

"Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(…)

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

(…)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

(…)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y

aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

(…)

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera".

Igualmente el Consejo de Estado ha sostenido que, si bien es cierto la clasificación de los cargos de carrera administrativa obedece a un criterio técnico que difiere de la naturaleza directiva y en ocasiones política de los cargos de libre nombramiento y remoción, la facultad discrecional se impone al efectuar los nombramientos provisionales, en cuanto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, faculta a la administración para efectuar el nombramiento provisional, actuación administrativa en la que la discrecionalidad es el marco rector.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala Segunda del Consejo de Estado, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de

las etapas que comprende el proceso selectivo, y siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (artículo 13 de la Ley 443 de 1998, 120 del Decreto 1572 de 1998 y artículo 30 de la Ley 443 de 1998).

Por estas razones, la jurisprudencia de la Sala ha señalado, que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso, y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí es posible predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción .

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro.

La tesis así planteada, difiere de la expuesta por la Corte Constitucional y según la cual, es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, so pena de vulnerar el debido proceso.

La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998.

4.2. Postura reciente del Consejo de Estado

La postura tradicional de la Sección Segunda del Consejo de Estado en materia de falta de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, ha conocido un matiz importante con la adopción de una sentencia del 23 de septiembre de 2010.

En el mencionado fallo, el Consejo de Estado comienza por traer a colación diversas leyes que han regulado el tema de la función pública en Colombia. Al respecto concluye afirmando que antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad -ante la imposibilidad de realizar encargo-, tenía unos términos específicos señalados en la ley y, de manera general, se producía mientras se surtía el proceso de selección convocado para

proveer empleos de carrera (art. 8º y s.s. Ley 443 de 1998). Sin embargo, las normas reglamentarias autorizaban separar del empleo a tales servidores de manera discrecional (arts. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998).

La Ley 909 y su decreto reglamentario, según el Consejo de Estado, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 “Antes de cumplirse el término de duración (…) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”. Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.

Y más adelante concluye el Consejo de Estado:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO , de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Así pues, según el Consejo de Estado, con ocasión de la adopción de la Ley 909 de 2004, determinados actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe encontrarse motivado.

4.3. A modo de conclusión

La Sala Plena considera necesario precisar que, la existencia de distintas posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son acordes con la dinámica interpretativa del derecho.

En efecto, no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un

mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad.

En tal sentido, si bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho. En efecto, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen la función pública en Colombia no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales.

Por último, la Sala Plena precisa que, dado que los actos de desvinculación de los acciones tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado el 23 de septiembre de 2010, no les resulta aplicables.

5. Análisis de los casos concretos

5.1. Expediente T- 2.729.320

5.1.1. Breve recuento del asunto y de las actuaciones judiciales

El caso concreto versa sobre un señor, quien fue vinculado al Servicio Nacional de Aprendiza SENA, en el cargo de Jefe Grado 01 de la Regional Bogotá, mediante acto administrativo del 17 de mayo de 2000.

Sostiene que, con la llegada del nuevo Director se produjo un despido masivo de trabajadores “de libre nombramiento y remoción y de algunos que se encontraban en provisionalidad en cargos de carrera administrativa”. Afirma igualmente que “En virtud de la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación, además de la desviación de

poder que se probó, demandé la Resolución mencionada ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho".

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante providencia del 2 de agosto de 2007, negó las pretensiones del peticionario, fallo que fue confirmado el 4 de febrero de 2010 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado.

En sede de tutela, el Consejero de Estado Víctor Hernando Alvarado Ardila, se opuso a la procedencia del amparo solicitado argumentando que (i) la acción de tutela procede sólo de manera excepcional contra providencias judiciales; (ii) no es viable acoger la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en materia de necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se desvinculan funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; y (iii) de conformidad con el artículo 230 Superior, los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, se limitó a remitir fotocopia del fallo contra el cual se dirige la acción de tutela.

Por su parte, Hernando González Rueda, Coordinador del Grupo de Recursos y Peticiones de la Dirección Jurídica de la Dirección Seccional del Sena, luego de traer a colación la sentencia C- 543 de 1992, insiste en la improcedencia del amparo en el caso concreto por cuanto "que la decisión adoptada por un juez o tribunal disguste o moleste a una de las partes se configura una vía de hecho. Esta, para hacer posible el amparo, debe ser de tal entidad y proporción que signifique protuberante y grave trasgresión de la normatividad que ha debido regir el proceso, ejercicio abusivo de la función judicial y designio personal y caprichoso del juez".

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de mayo de 2010, decidió rechazar por improcedente el amparo demandado, por cuanto "según la posición reiterada de esta Corporación, adoptada mediante auto del 13 de junio de 2006, la Sala Plena determinó que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, en razón de que la acción no fue así establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y, además, porque el artículo 40 del Decreto 2591, reglamentario de la acción de tutela, que la permitía, fue declarado inexequible por la sentencia C- 543 de 1992".

El citado fallo de amparo no fue impugnado.

5.1.2. Resolución del caso concreto

En el presente caso, la Sala considera que el amparo solicitado debe ser concedido, por cuanto se cumplen todos los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Veamos.

En cuanto a los requisitos generales, la Corte encuentra que (i) el asunto presenta relevancia constitucional, por cuanto la ausencia de motivación de los actos de disvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, configura una vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia; (ii) el accionante agotó todos los medios disponibles de defensa; (iii) la acción de tutela fue interpuesta en un plazo razonable, si tomamos en cuenta que la sentencia proferida por el Consejo de Estado, en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, data del 4 de febrero de 2010, habiendo sido interpuesto el respectivo amparo el 9 de abril del presente año; (iv) no se trata de una simple irregularidad procesal; (v) el afectado identificó los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos fundamentales violados; y (vi) no se trata de una sentencia de tutela.

De igual manera, se cumple con el requisito específico de haber incurrido el fallador en un defecto que obliga a la revisión excepcional por acción de tutela, en concreto, el desconocimiento de precedentes constitucionales uniformes sentados por la Corte en materia de falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad, en cargos de carrera.

En efecto, el ciudadano Sarmiento Hoyos decidió demandar el acto de desvinculación del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, alegando lo siguiente:

“El nombramiento del demandante no debió ser declarado insubsistente, toda vez que la entidad demandada no elaboró una resolución motivada que diera cuenta del mismo.

El acto acusado está viciado de nulidad toda vez que se ordenó el retiro del accionante, sin tener en cuenta que siempre fue persona de alta confiabilidad y de un comportamiento ejemplar, tanto personal como en el ejercicio de sus funciones, así lo demuestra su hoja de

vida.

El nombramiento del demandante podía haber sido declarado insubsistente si existiera el fundamento de mejoramiento del servicio, lo que no ocurrió, toda vez que para proveer el cargo se nombró a un subalterno que no cumplía con los requisitos establecidos en el manual de funciones y requisitos”.11

Como se puede apreciar, desde el texto mismo de la demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el ciudadano alegó la ausencia de motivación del acto administrativo, en tanto que vicio que afectaba la legalidad de la resolución de desvinculación del cargo.

De igual manera, la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su sentencia del 2 de agosto de 2007, consideró que la mencionada falta de motivación, no afectaba la legalidad del acto administrativo de desvinculación:

“La Sala estima que la causal de nulidad que esgrime la parte demandante proveniente de la falta de motivación del acto acusado, no tiene fundamento jurídico por cuanto, como se indicó, el demandante desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, calidad que, por sí misma, no otorga ningún fuero de estabilidad…” (negrillas agregadas).

Al respecto, conviene agregar que el Tribunal de Cundinamarca expresamente fundó su fallo en el texto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de marzo de 2003, providencia en la cual se sostiene que “en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad, unifica su criterio acogiendo la tesis que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”.

Ahora bien, en fallo de segunda instancia, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en el texto de su sentencia del 4 de febrero de 2010, consideró que, en el caso concreto, no se había logrado probar que el acto administrativo de desvinculación del funcionario se encontrase viciado por desviación de poder, y que además, tampoco era necesario motivarlo. Al respecto, en el fallo en cuestión se afirma lo siguiente:

“Motivación del acto.

El demandante argumentó que era necesario que el ente acusado motivara el acto de insubsistencia.

En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido, en diferentes oportunidades que el empleado en provisionalidad que ocupe un cargo de carrera administrativa no se asimila a uno de libre nombramiento y remoción, y por tanto, en el primer caso el acto de desvinculación requiere motivación.

(…)

La Sección Segunda de esta Corporación, sin embargo, se ha apartado del referido precedente, argumentando que, en todo caso, la tesis sostenida por el Consejo de Estado cuenta con un soporte de naturaleza "ius fundamental". En providencia de 25 de febrero de 2007 C.P. Doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 3090-2005, esta Subsección manifestó (negrillas agregadas).

(….)

La posición adoptada por esta Corporación encuentra asidero en disposiciones tales como la contenida en el artículo 7º del decreto 1572 de 1998, "Por la cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto – Ley 1567 de 1998"

En el mismo sentido se pronunció nuevamente esta subsección en sentencia de 31 de agosto de 2006, Expediente No. 6299-2005, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante".

Termina concluyendo el Consejo de Estado lo siguiente:

"De acuerdo con la anterior tesis reiterada de la Sección, el acto de insubsistencia de un nombramiento que ha tenido origen discrecional no requiere motivación alguna".

Así pues, la Corte advierte que el Consejo de Estado expresamente se ha negado a seguir el precedente sentado por esta Corporación en materia de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, lo cual constituye, como se ha explicado, un defecto que hace procedente la excepcional acción de tutela contra providencias judiciales.

5.1.3. La orden a impartir

Constatada la procedencia del amparo contra sentencias, la Sala debe tomar en consideración tres aspectos, a efectos de impartir las correspondientes órdenes de amparo: (i) el cargo que venía desempeñando el funcionario fue suprimido; (ii) ambas instancias fallaron sin acatar la jurisprudencia constante de la Corte en materia de motivación de los actos de desvinculación, (iii) el fallo de segunda instancia fue proferido por el Consejo de Estado.

Así pues, en el caso concreto, la Sala deberá seguir el precedente sentado en la sentencia SU- 917 de 2010, y por ende, adoptar las siguientes decisiones: (i) revocar los fallos de tutela que negaron el amparo solicitado; (ii) dejar sin efectos los fallos de instancias, proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (iii) dictar una sentencia sustitutiva o de reemplazo; (iv) no conceder el reintegro del trabajador, por cuanto el cargo que venía desempeñando fue suprimido; y (v) ordenar el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha de supresión del cargo, sin solución de continuidad, con las actualizaciones pertinentes, y en atención a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

5.2. Expediente T- 2.727.673

5.2.1. Breve recuento del asunto y de las actuaciones judiciales

El caso concreto versa sobre un ciudadano, quien se venía desempeñando en el cargo de investigador judicial II de la Dirección Nacional del CTI, habiendo sido desvinculado de la Fiscalía mediante resolución inmotivada del 14 de agosto de 2001.

Posteriormente, el accionante demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la mencionada resolución. El Juzgado 3 Administrativo de Bogotá, mediante sentencia del 7 de julio de 2008, decidió negar las pretensiones de la demanda. La anterior decisión fue confirmada, el 12 de noviembre de 2009, por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En sede de amparo, la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito radicado el 1 de febrero de 2010, se opuso a las pretensiones de la demanda, en esencia, recordando la línea

jurisprudencial que ha mantenido el Consejo de Estado en materia de ausencia de necesidad de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declaran insubsistentes los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

El Juzgado 3 Administrativo de Bogotá se pronunció igualmente recordado lo decidido por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de marzo de 2003, sentencia en la cual se sostiene que no es necesario motivar los mencionados actos administrativos.

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de febrero de 2010, decidió negar el amparo solicitado por cuanto "esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha sostenido que la acción de tutela resulta improcedente contra sentencias, salvo que se haya lesionado el derecho de acceso a la administración de justicia, pues la sola existencia de un proceso terminado mediante providencia firme, evidencia que el afectado tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que pudo ejercerlo, bien como demandante o como impugnador, hasta agotarlo, siendo inviable que una decisión judicial en firme sea objeto de un nuevo debate".

La anterior decisión fue impugnada alegando que, en el caso concreto, sí se había presentado una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia y que además se cumplen los presupuestos de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, señalados por la Corte Constitucional.

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, mediante providencia del 12 de mayo de 2010 decidió rechazar por improcedente el amparo solicitado, por cuanto la acción de tutela contra sentencias atenta contra los principios de autonomía e independencia de los jueces.

5.2.2. Resolución del caso concreto

En el presente caso, la Sala considera que el amparo solicitado debe ser igualmente concedido, por cuanto se cumplen todos los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Veamos.

En cuanto a los requisitos generales, la Corte encuentra que (i) el asunto presenta relevancia constitucional, por cuanto la ausencia de motivación de los actos de disvinculación de

funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, configura una vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia; (ii) el accionante agotó todos los medios disponibles de defensa; (iii) la acción de tutela fue interpuesta en un plazo razonable, si tomamos en cuenta que la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, data del 12 de noviembre de 2009, habiendo sido interpuesto el respectivo amparo el 14 de enero de 2010; (iv) no se trata de una simple irregularidad procesal; (v) el afectado identificó los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos fundamentales violados; y (vi) no se trata de una sentencia de tutela.

De igual manera, se cumple con el requisito específico de haber incurrido el fallador en un defecto que obliga a la revisión excepcional por acción de tutela, en concreto, el desconocimiento de precedentes constitucionales uniformes sentados por la Corte en materia de falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad, en cargos de carrera.

En efecto, cuando el peticionario acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del concepto de la violación sostuvo, entre otras razones, la siguiente:

“Falta de motivación del acto administrativo de insubsistencia. El acto de insubsistencia carece de motivación directa o indirecta, y el acto discrecional laboral debe ser motivado indirectamente, en nuestro caso, conforme al artículo 26 del DL 2400 de 1968 mediante constancia de la hoja de vida, donde se indiquen las circunstancias de hecho y las causas que ocasionan la insubsistencia. Cita al efecto el artículo 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo y los artículos 25, 29, 53, 113 y 237 num. 1 y 237 de la Constitución Política”.12

El Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, mediante sentencia del 7 de julio de 2008, decidió negar las pretensiones de la demanda, entre otras razones, argumentando que, a su juicio, los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no debían ser motivados, de conformidad con jurisprudencia constante del Consejo de Estado. En palabras del juzgador:

“Por resultar aplicables al caso concreto y particular, esta (sic) Despacho acoge ahora los

argumentos expuestos en dichas providencias, y simplemente dirá, con base en ellos, que dada la condición del nombramiento del demandante no existe violación de normas sobre provisionalidad, ni ausencia de causa legal alguna para proceder a su desvinculación, pues es claro que, para estos asuntos, resulta procedente la facultad de libre nombramiento y remoción sin necesidad de motivación alguna, aún tratándose de un cargo de carrera".

En igual sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 12 de noviembre de 2009, cuando al resolver la apelación presentada contra la sentencia del Juzgado 3 Administrativo de Bogotá, sostuvo lo siguiente:

"En relación a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera el criterio jurisprudencial del H. Consejo de Estado, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, así mismo puede el nominador en cualquier tiempo declararlo insubsistente, a través de un acto administrativo que no requiere de motivación alguna, el cual goza de presunción de legalidad. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de entidad pública, fin primordial de la función pública".

En este orden de ideas, la Corte advierte que el Juzgado 3 Administrativo de Bogotá, al igual que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inaplicaron el precedente sentado por esta Corporación en materia de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, lo cual constituye, como se ha explicado, un defecto que hace procedente la excepcional acción de tutela contra providencias judiciales.

5.2.3. Contenido de la orden a impartir

Constatada la procedencia del amparo contra sentencias, la Sala debe tomar en consideración dos aspectos, a efectos de impartir las correspondientes órdenes de amparo: (i) el cargo que venía desempeñando el funcionario no ha sido provisto por un funcionario que haya superado un concurso de méritos; (ii) ambas instancias fallaron sin acatar la jurisprudencia constante de la Corte en materia de motivación de los actos de desvinculación; y (iii) en la sentencia SU- 917 de 2010, la Corte decidió, en casos semejantes, que procedía el reintegro y el correspondiente pago de salarios y prestaciones actualizado.

Así pues, en el caso concreto, la Sala deberá seguir el precedente sentado en la sentencia SU- 917 de 2010, y por ende, adoptar las siguientes decisiones: (i) revocar los fallos de tutela que negaron el amparo solicitado; (ii) dejar sin efectos los fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, (iii) dejar sin efectos el acto administrativo de desvinculación del cargo; (iv) ordenar el reintegro del accionante al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

5.3. Expediente T- 2.719.943

5.3.1. Breve recuento del asunto y de las actuaciones judiciales

El caso concreto versa sobre una persona que se venía desempeñando como investigador judicial II de la Fiscalía General de la Nación. Mediante resolución inmotivada del 18 de febrero de 2003 fue declarado insubsistente en su cargo.

Acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habiendo obtenido fallos desfavorables a sus pretensiones en ambas instancias judiciales.

En sede de tutela, los Magistrados del Tribunal Administrativo del Huila, mediante escrito del 18 de enero de 2010, se opusieron a las pretensiones de la demanda, indicando que “En nuestro sentir, la decisión adoptada lejos de ser “subjetiva y caprichosa” fue proferida en derecho, con fundamento en el análisis del acervo probatorio y la normatividad y jurisprudencia aplicables sobre la materia, procediéndose a confirmar la providencia impugnada, lo que no se compadece con la aseveración del actor, al manifestar que se ha incurrido en una vía de hecho”.

La Fiscalía General de la Nación, mediante escrito radicado el 18 de enero de 2010, se opuso a las pretensiones de la demanda, en esencia, recordando la línea jurisprudencial que ha mantenido el Consejo de Estado en materia de ausencia de necesidad de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declaran insubsistentes los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de febrero de 2010, decidió rechazar por improcedente el amparo solicitado, ya que “Bajo la consideración de que la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la independencia y autonomía judicial son pilares esenciales del Estado de Derecho, la Sección Cuarta ha reiterado, enfáticamente, la improcedencia de la tutela contra decisiones judiciales”.

El accionante impugnó el fallo reiterando, en esencia, los hechos y las razones de derecho invocadas en su petición inicial.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de providencia del 20 de mayo de 2010, decidió confirmar el fallo impugnado por cuanto “Fundada en estos razonamientos, sólo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece de un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos”.

5.3.2. Resolución del caso concreto

En el presente caso, la Sala considera que el amparo solicitado debe ser asimismo concedido, por cuanto se cumplen todos los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Veamos.

En cuanto a los requisitos generales, la Corte encuentra que (i) el asunto presenta relevancia constitucional, por cuanto la ausencia de motivación de los actos de disvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, configura una vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia; (ii) el accionante agotó todos los medios disponibles de defensa; (iii) la acción de tutela fue interpuesta en un plazo razonable, si tomamos en cuenta que la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, data del 8 de septiembre de 2009, habiendo sido interpuesto el respectivo amparo el 11 de diciembre del mismo año; (iv) no se trata de una simple irregularidad procesal; (v) el afectado identificó los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos

fundamentales violados; y (vi) no se trata de una sentencia de tutela.

De igual manera, se cumple con el requisito específico de haber incurrido el fallador en un defecto que obliga a la revisión excepcional por acción de tutela, en concreto, el desconocimiento de precedentes constitucionales uniformes sentados por la Corte en materia de falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad, en cargos de carrera.

En tal sentido, en el texto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el peticionario alegó lo siguiente:

"Si bien se encuentra facultado el nominador para remover a sus subalternos, en virtud de su poderío (sic) discrecional, deben dichas decisiones ajustarse al orden jurídico que se halla preestablecido. Para el caso en comento, la discrecionalidad en cita, rebasó los fines para los cuales fue instituida, vulneró los principios de igualdad, estabilidad laboral y de legalidad, pues con la declaratoria de insubsistencia, se persiguieron fines personales y de venganza.

(…)

La discrecionalidad no se puede identificar con la facultad absoluta de obrar, por ello, el acto de insubsistencia debe ser motivado, para que no resulte violatorio del principio de igualdad, de la estabilidad laboral y demás supuestos que puedan ir en detrimento de los intereses de los trabajadores"13.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2009, fallo en el cual afirmó lo siguiente:

"Como ya se dijo, los actos que declaran la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad, por ser consecuencia de la aplicación de la facultad discrecional, no requieren ser motivados, de allí que, por sustracción de materia, no habría lugar a analizar el cargo denominado falsa motivación. De las pruebas tampoco es posible tener certeza, que el objetivo de la declaratoria de insubsistencia, hubiesen sido los que en la demanda se deprecan, precisamente que el retiro haya sido por el conflicto que existía entre el empleado y el superior jerárquico"15.

Así las cosas, la Corte advierte que el Juzgado 2 Administrativo de Neiva, al igual que el

Tribunal Administrativo del Huila, inaplicaron el precedente sentado por esta Corporación en materia de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, lo cual constituye, como se ha explicado, un defecto que hace procedente la excepcional acción de tutela contra providencias judiciales.

5.3.3. Órdenes a impartir

Constatada la procedencia del amparo contra sentencias, la Sala debe tomar en consideración tres aspectos, a efectos de impartir las correspondientes órdenes de amparo: (i) el cargo que venía desempeñando el funcionario no ha sido provisto por un funcionario que haya superado un concurso de méritos; (ii) ambas instancias fallaron sin acatar la jurisprudencia constante de la Corte en materia de motivación de los actos de desvinculación; y (iii) en la sentencia SU- 917 de 2010, la Corte decidió, en casos semejantes, que procedía el reintegro y el correspondiente pago de salarios y prestaciones actualizado.

Así pues, en el caso concreto, la Sala deberá seguir el precedente sentado en la sentencia SU- 917 de 2010, y por ende, adoptar las siguientes decisiones: (i) revocar los fallos de tutela que negaron el amparo solicitado; (ii) dejar sin efectos los fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, (iii) dejar sin efectos el acto administrativo de desvinculación del cargo; (iv) ordenar el reintegro del accionante al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1. Cumplimiento del fallo

En materia del cumplimiento del presente fallo, la Corte considera necesario hacer dos precisiones. Una primera, relacionada con la ejecutoria de la decisión y la expedición de copias auténticas; la segunda, relacionada con la situación que se presenta cuando los accionantes han seguido vinculados con el Estado.

1. La ejecutoria de fallo y expedición de copias auténticas

Esta Corporación estima pertinente reiterar lo decidido mediante Auto del 1 de agosto de 2011, en relación con el cumplimiento de la sentencia SU- 917 de 2010. Lo anterior, a efectos de evitar que en este caso se presente una situación semejante.

Al respecto, es preciso señalar que, en el citado auto, la Corte indicó que las órdenes emanadas por el juez constitucional deben ser cumplidas de forma inmediata, y por ende, "el cumplimiento de sentencias de tutela no puede supeditarse a la exigencia de ritualismos o protocolos ajenos a su carácter informal y a la filosofía de protección inmediata de los derechos fundamentales que inspiran esta acción constitucional".

En la misma providencia, esta Corporación indicó que, en materia de cumplimiento de fallos de amparo, no se debían atender las exigencias del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, relacionado con la expedición de copias auténticas. De allí que, en la parte motiva, se hubiesen realizado algunas advertencias a las entidades accionadas.

Pues bien, en el presente asunto se seguirá el precedente judicial señalado.

1. Casos en los cuales los trabajadores desvinculados sin motivación siguieron vinculados con el Estado

La Corte Constitucional acoge igualmente una línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado, según la cual cuando en la parte resolutiva de las sentencias se ordena el descuento de lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante el intervalo de tiempo que estuvo desvinculado, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario no sólo se estaría generando un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior.

En efecto, entiende esta Corporación que la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento de un derecho por nulidad del acto acusado debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material. De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público.

Lo anterior conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2002, cuando afirmó que “la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tiene origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraría la Constitución”.

Así las cosas, la Corte ordenará, a las respectivas entidades accionadas que descuenten las sumas que hubieren devengado los peticionarios, provenientes del Tesoro Público entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso.

1. Otras decisiones

Mediante escrito de fecha siete (07) de julio de 2011, según constancia emitida por la Secretaría General de esta Corporación el ocho (08) de julio de 2011, el doctor Luís Yesid Villarraga Flórez, apoderado del señor Antonio José Ricardo Sarmiento Hoyos, informó que éste falleció el día 19 de mayo de 2011 y en consecuencia solicitó que en virtud de ello antes que se decidiera definitivamente el litigio en sede de revisión con relación a la vulneración de sus derechos fundamentales con ocasión de la desvinculación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA, y en consecuencia se aplique al caso la figura de la sucesión procesal en cabeza de la señora ARSENIA MARIA DE GUADALUPE SACO DE SARMIENTO, en su calidad de cónyuge de sobreviviente.

Al respecto, la Sala advierte que el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22. establece que “Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. (…)”.

Si bien la Acción de Tutela es de carácter unipersonal, esta corporación mediante sentencia T-550 de 1995 ha dicho que tratándose de derechos litigiosos “bajo ciertos presupuestos es posible suceder al causante, verbi gratia, el cesionario de un crédito que ocupa el puesto del cedente, quien lo cobra en proceso ejecutivo y el de los herederos que representan al de cujus en sus derechos y obligaciones transmisibles.”

En el caso concreto, se suscita la discusión de derechos litigiosos de carácter económico, puesto que lo que pretendía el causante además del amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la administración de justicia, era el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha de supresión del cargo.

Examinada la petición presentada por el solicitante se observa que aportó el Registro Civil de Defunción número 07102344 de la Notaría 26 del Circuito de Bogotá D.C., el cual registra que el señor ANTONIO JOSÉ RICARDO HOYOS SARMIENTO efectivamente falleció el 19 de mayo de 2011 y el Registro Civil de matrimonio, debidamente registrado en fecha 03 de junio de 2011 en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá D.C., que acredita que la señora ARSENIA MARIA DE GUADALUPE SACO DE SARMIENTO, en fecha 4 de julio de 1975, contrajo matrimonio católico en la República del Perú, Departamento de Lima con el de cujus.

Así entonces, atendiendo que la señora ARSENIA MARIA DE GUADALUPE SACO DE SARMIENTO figura en calidad de heredera como cónyuge sobreviviente del fallecido ANTONIO JOSÉ RICARDO HOYOS SARMIENTO, quien en vida se constituyó en parte demandante dentro del proceso de la referencia y a las normas esbozadas dentro del plenario, esta corporación procederá a conceder la sucesión procesal a favor de la primera.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Levantar los términos para fallar.

Segundo.- REVOCAR en el expediente T- 2.729.320 (asunto José Ricardo Sarmiento Hoyos contra el SENA), la sentencia de amparo proferida por el 6 de mayo de 2010 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de mayo de 2010, mediante la cual se negó la acción de tutela. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

Por lo tanto, DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, el 2 de agosto de 2007,

así como el fallo del 4 de febrero de 2010 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, mediante el cual se confirmó el fallo de primera instancia. En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución núm. 01329 de fecha 1 de noviembre de 2002, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, mediante la cual se ordenó desvincular al señor Antonio José Ricardo Sarmiento, del cargo de Jefe Grado 01 de la Regional Bogotá. En consecuencia, ORDENAR, a favor del accionante, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha de supresión del cargo, sin solución de continuidad, con las actualizaciones pertinentes, y en atención a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

De igual manera, se RECONOCE la sucesión procesal a favor de la señora Arsenia María de Guadalupe Saco de Sarmiento como cónyuge supérstite del señor Antonio José Ricardo Hoyos Sarmiento.

Tercero.- REVOCAR en el expediente T- 2.272.673 (asunto Luis Arturo Buitrago Torres contra la Fiscalía General de la Nación), las sentencias de amparo proferidas el 18 de febrero de 2010 por la Sección Primera del Consejo de Estado y el 12 de mayo de 2010 por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, mediante las cuales se negó el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

Por lo tanto, DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado el 7 de julio de 2008 por el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá y el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, el 12 noviembre de 2009, mediante el cual se confirmó el fallo de primera instancia. En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución núm. 01318 del 29 de agosto de 2001, expedida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se ordenó desvincular al señor Luis Arturo Buitrago Torres, del cargo de Investigador Judicial II de la Dirección Nacional del CTI. A título de restablecimiento del derecho ordenar REINTEGRAR al señor Luis Arturo Buitrago Torres al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del

C.C.A.

Cuarto.- REVOCAR en el expediente T-2.719.943 (asunto David Norberto Garzón Cometta contra la Fiscalía General de la Nación), las sentencias de amparo proferidas el 4 de febrero de 2010 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y el 20 de mayo de 2010 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante las cuales se negó el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

Por lo tanto, DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado el 25 de junio de 2008 por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva y el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, el 8 de septiembre de 2009, mediante el cual se confirmó el fallo de primera instancia. En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución núm. 0-0323 del 18 de febrero de 2003, expedida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se ordenó desvincular al señor David Norberto Garzón Cometta, del cargo de Investigador Judicial II de la Dirección Seccional del CTI de Neiva. A título de restablecimiento del derecho ordenar REINTEGRAR al señor David Norberto Garzón Cometta al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Quinto.- ADVERTIR a las entidades accionadas que deben dar inmediato cumplimiento a lo ordenado en la presente sentencia, sin hacer las exigencias del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto.- ORDENAR a las respectivas entidades accionadas que descuenten las sumas que hubieren devengado los peticionarios, provenientes del Tesoro Público entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso.

Séptimo.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Impedimento aceptado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con excusa

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA SU691/11

Referencia: expedientes T-2729320; T-2727673 y T-2719943, acumulados

Acciones de tutela instauradas por José Ricardo Sarmiento Hoyos contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y otro; Luis Arturo Buitrago Torres contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y otro; y David Norberto Garzón Cometa contra el Tribunal Administrativo del Huila y otro, respectivamente

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Fecha ut supra

Respetuosamente, me permito consignar por escrito una muy sucinta explicación sobre el sentido de mi voto, que parcialmente salvé en el presente asunto, fallado por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

1. Si bien participo de la decisión adoptada en torno a revocar las determinaciones de instancia y tutelar los derechos invocados por los accionantes, adicionalmente en cuanto no se debe permitir que se siga utilizando la provisionalidad como mecanismo para jugar al libre nombramiento y remoción en la designación de quien vaya a ocupar un cargo de carrera, debo salvar mi voto, únicamente frente a la determinación consignada en la parte resolutiva referente al pago “sin solución de continuidad” de los salarios y prestaciones sociales

dejadas de recibir por los actores desde el momento de la desvinculación y hasta su reintegro, pues estimo necesario morigerar las sentencias, especialmente, frente al impacto presupuestal que puedan tener, trayendo a colación factores como la prescripción u otros ingresos que hayan tenido los demandantes en ese lapso.

2. Así mismo, debo aclarar que siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de "vía de hecho" y en relación con algunas de las argumentaciones que de nuevo se exponen para arribar a la decisión adoptada. Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones16, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto de presente en las argumentaciones relacionadas con la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyos planteamientos discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas "causales especiales de procedibilidad" a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trate.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por

ser ésta la institución regulada en el precepto entonces parcialmente declarado inexequible (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el "principio democrático de la autonomía funcional del juez", "la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia" y "la función garantizadora del Derecho" que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexequible la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, como si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

4

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 691/11

Referencia: expedientes T-2.729.320; T-2.727.673 y T-2.719.943 (Acumulados)

Acción de tutela instaurada por José Ricardo Sarmiento Moyos contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; Luis Arturo Buitrago Torres contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá; y David Norberto Garzón Cometta contra el Tribunal Administrativo del Huila y el

Juzgado Segundo Administrativo de Neiva

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Mi aclaración de voto en el asunto examinado se contrae a lo siguiente: aun cuando estoy de acuerdo con la decisión que se adoptó en la sentencia SU-691 de 201 I, en el sentido de dejar sin efectos las providencias proferidas por los jueces de instancia dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho adelantados por los accionantes, porque desconocen el precedente jurisprudencial sentado por la Corporación respecto al deber del nominador de motivar los actos administrativos de desvinculación de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, quiero manifestar que disiento de la fórmula utilizada por la Sala, a título de restablecimiento del derecho.

Considero que tanto el reintegro de los demandantes a los cargos desempeñados al momento del retiro como la fecha hasta la cual se deben pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, deben estar sujetos a que dichos cargos no hayan sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual no habría lugar a reintegro y solo se reconocerían los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha de retiro hasta el momento en que se haya producido la posesión del servidor público mediante el sistema de concurso de mérito, como lo determinó esta Corporación en la sentencias SU-917 de 2010 y T-656 de 2011, lo anterior por cuanto los derechos que han sido reconocidos al servidor público que desempeña un cargo en provisionalidad no-pueden ir más allá del momento en que el cargo respectivo se provee efectivamente mediante concurso de mérito.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 “Artículo 73. Al iniciar el Período de prueba, la Fiscalía General deberá adelantar programas

de inducción que garanticen al nuevo funcionario el adecuado conocimiento de la Institución y de la Rama del Poder Público a la cual ingresa y los derechos, deberes y garantías que adquiere. // Por excepción, de acuerdo con el reglamento, los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente cargos vacantes temporal o definitivamente, con personal no seleccionado mediante concurso.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

3 “Artículo 117. La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. // Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes”.

4 “Artículo 70. Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo. Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

5 “Artículo 76. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto. // Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador. // El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa”.

6 Por razones de orden metodológico la Corte omite algunas citas de la Sentencia C-279 de 2007.

7 Cfr. Sentencias T-410 de 2007, T-464 de 2007, T-793 de 2007, T-157 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009, T-186 de 2009 y T-736 de 2009.

8 Esto con independencia de las medidas que el juez de tutela pueda adoptar más adelante para asegurar el cumplimiento de sus fallos en el marco de lo previsto en el Decreto 2591 de 1991.

9 En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003.

10 En general pueden consultarse las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: Sentencias SU-1158 de 2003, T-951 de 2003, Autos 235 de 2003, 149A de 2003, 010 de 2004, 127 de 2004, 141B de 2004, 085 de 2005, 96B de 2005, 184 de 2006, 249 de 2006, 045 de 2007 y 235 de 2008, entre otros.

11 Visible a folio 370 del cuaderno principal.

12 Visible a folio 57 del cuaderno principal.

13 Ver cuaderno principal, f. 108.

14 Ver cuaderno principal, f. 115.

15 Cuaderno principal, f. 132.

16 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010 y T-464 de 2011.