

## Sentencia T-011-09

ACCION DE TUTELA-Verificación de los presupuestos procesales para su procedencia

ACCION DE TUTELA-Procedencia en caso de funcionarios de carrera administrativa nombrados en provisionalidad separados del cargo mediante acto sin motivación

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Motivación del acto administrativo de desvinculación

ACCION DE TUTELA-No procede para solicitar el reintegro y la indemnización de perjuicios por la desvinculación no motivada de un servidor público en provisionalidad en cargo de carrera

Para la jurisprudencia constitucional queda descartada la acción de tutela como mecanismo judicial adecuado, per se, para lograr el reintegro al cargo y la indemnización de perjuicios, a raíz de la desvinculación inmotivada de un servidor público que ocupa un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, ya que para ese propósito el medio de defensa pertinente es el ejercicio de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, a través de la cual el interesado puede cuestionar la legalidad del acto administrativo de retiro y obtener la satisfacción de sus pretensiones. La anterior regla tiene una excepción cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual, para concederla debe estar acreditada la inminente consumación de dicho perjuicio y así obtener del juez constitucional una protección provisional, pero el demandante debe acudir oportunamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de la resolución de desvinculación y el restablecimiento de su derecho; la medida de amparo se mantendrá mientras esa jurisdicción, invocada en el término fijado, decide lo que en derecho corresponda.

ACCION DE TUTELA-Procede para que se motive el acto administrativo de desvinculación

Frente a situaciones donde se observa el desconocimiento del derecho al debido

proceso por ausencia de motivación del acto de insubsistencia, se ha considerado procedente conceder la protección solicitada y ordenar a la entidad accionada que motive el acto administrativo de desvinculación siguiendo los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, a fin de permitir que el afectado acuda a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir tal determinación, con la advertencia de que si la entidad demandada no cumple lo ordenado, debe reintegrarlo al mismo cargo o a uno equivalente. A la accionante se le desconoció, por parte del municipio de Valencia, el derecho que le asiste a la motivación del acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que pasó a denominarse Jefe de Asuntos de la Comunidad. Esto conduce a revocar la decisión judicial revisada, que negó la tutela pedida. En su lugar, se concederá el amparo solicitado, se dejará sin efectos el precitado Decreto 024 de febrero 19 de 2008, generándose la consecuente continuidad, y se ordenará al Alcalde que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida un nuevo acto administrativo motivando, como quedó expresado, la declaratoria de insubsistencia, si es esa su decisión, contra la cual la interesada podrá ejercer la acción pertinente ante la jurisdicción contencioso administrativa, en los términos indicados en la respectiva codificación.

Referencia: expediente T-2010693

Acción de tutela presentada por María Ramos Hernández, contra el municipio de Valencia (Córdoba).

Procedencia: Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería.

Magistrado Ponente:

Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá D.C, enero dieciséis (16) de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería, que confirmó el dictado en primera instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Valencia, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por María Ramos Hernández contra el municipio de Valencia (Córdoba).

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el primer Juzgado mencionado y fue elegido para revisión en Sala de Selección 9 de septiembre 9 de 2008.

## I. ANTECEDENTES

El 1° de abril del año en curso, María Ramos Hernández, a través de apoderada judicial, presentó acción de tutela contra el Municipio de Valencia (Córdoba), por los hechos que a continuación son resumidos.

### A. Hechos relevantes y relato contenido en la demanda

Según la abogada de la accionante, mediante Decreto 143 de septiembre 1° de 2002, su representada fue nombrada en provisionalidad como “Jefe de Desarrollo Comunitario” del municipio de Valencia (Córdoba), cargo que luego pasó a denominarse “Jefe de Asuntos de la Comunidad”, el cual es de carrera administrativa, habiéndose desempeñado allí de manera responsable y eficiente, pues durante el tiempo que lo ocupó “nunca fue recriminada ni existieron llamados de atención, tal como consta en la hoja de vida”.

Afirma que la peticionaria es “madre jefe de hogar”, ya que tiene a su cargo dos hijos que actualmente se encuentran adelantando estudios universitarios; carece de otro medio de subsistencia “que le permita sobrellevar la carga que la vida le ha asignado, como es la de brindarle estudio a sus hijos, dada la condición de mujer viuda y carente de otros recursos e ingresos, distintos a los que venía percibiendo como empleada del municipio de Valencia”.

Explica que desde que asumió la alcaldía del municipio accionado el doctor Mario Atencio Doria le solicitó a su poderdante la renuncia del cargo que venía desempeñando, pero que al negarse a hacerlo el 19 de febrero de 2008 expidió el Decreto 024, por medio

del cual “declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad, dejándola literalmente en la calle y de paso vulnerándole sus derechos fundamentales constitucionales” a la subsistencia familiar, protección especial a la mujer cabeza de familia, mínimo vital, salud, debido proceso, vida digna, trabajo, estabilidad laboral y educación de sus hijos.

Expresa que hasta el momento de presentar la tutela no se ha realizado concurso de méritos para proveer el cargo de Jefe de Asuntos de la Comunidad, cargo de carrera administrativa que su representada ocupaba en provisionalidad, el cual de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte no se gobierna por las reglas aplicables a los empleos de libre nombramiento y remoción de modo que su desvinculación solo podía producirse porque el cargo fuese a proveerse en propiedad después del correspondiente concurso, o como resultado de calificación o de sanción disciplinaria.

Considera así que el Alcalde de Valencia actuó arbitrariamente, además porque el acto de desvinculación carece de motivación, “pues en él sólo se hizo alusión a normas que han perdido vigencia, con el correr del tiempo, de manera tácita (artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973)”, desconociendo también que esta Corte en sus pronunciamientos se ha referido al deber de motivar los actos administrativos de insubsistencia de empleos de carrera ocupados provisionalmente.

Asevera que no debe tenerse como motivación del acto la mera invocación de normas legales expedidas antes de la Constitución de 1991, ya que según la jurisprudencia la administración debe justificar la causa de la separación del servicio, explicitando las razones de protección del interés público que acompañan tal determinación.

Por último manifiesta que aunque exista otro medio de defensa judicial, la demora de una decisión “afectaría ostensiblemente el núcleo familiar de mi poderdante y en particular los derechos de sus hijos, los cuales se encuentran estudiando en universidades”, por lo cual decidió solicitar la tutela “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, que sólo esta acción evitaría, pues la señora María Ramos Fernández tiene “derecho preferencial a permanecer en el cargo mientras se

realiza el concurso y se elija funcionario de mérito”.

## B. Pretensiones

Con base en los anteriores hechos, solicita la tutela de los referidos derechos constitucionales, previstos en los artículos “13, 25, 29, 42, 43 y 44” superiores y que, en consecuencia, se ordene al municipio de Valencia el reintegro inmediato de la accionante “al cargo de carrera administrativa en provisionalidad, de Jefe de Asuntos de la Comunidad... o en otro equivalente o de mejor categoría”, hasta tanto “se nombre en propiedad el funcionario a través de concurso público”, al igual que “el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la cancelación de pensión, riesgos profesionales, salud, etc., desde el momento mismo en que fue declarada insubsistente mi poderdante (19 de febrero de 2008) hasta la fecha de la sentencia que ponga fin a este proceso”.

## C. Actuación Judicial

De la acción de tutela conoció en primera instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Valencia (Córdoba), que en auto de abril 1° de 2008 la admitió, reconoció personería a la abogada de la accionante y ordenó correr traslado de las diligencias al ente territorial accionado, para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo constitucional.

### 1. Contestación del municipio de Valencia (Córdoba)

El apoderado especial de esa entidad territorial respondió la tutela señalando que debe ser negada, pues para obtener el reintegro la accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “y ello lo puede hacer ante los jueces administrativos de Montería”.

Considera normal que muchos actos del Estado puedan ocasionar “algún tipo de malestar e inconformidad en los administrados”, que deben ser soportados “por el hecho de vivir en sociedad, en razón al principio de las cargas públicas” y agrega que en el presente caso si bien a la demandante se le han podido causar “algunas incomodidades con el acto de retiro, no es menos cierto que ellas no nacen de

un ejercicio ilegal del poder público”.

Expresa que el acto administrativo de retiro de la accionante se encuentra fundamentado, “tanto en hechos como en normativa y jurisprudencia” y al efecto reproduce el texto de los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973, según los cuales el nombramiento en provisionalidad puede declararse insubsistente sin motivar la providencia.

En apoyo de su argumentación también reproduce extensos apartes de la sentencia del 13 de marzo de 2003 dictada por el Consejo de Estado en relación con el retiro de funcionarios provisionales, que para esa corporación puede realizarse sin motivación dado que a esos servidores no le asiste el fuero de inamovilidad, propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos.

## 2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 8 de abril de 2008, el Juzgado Promiscuo Municipal de Valencia negó la acción de tutela promovida por María Ramos Hernández, al considerar que la demandante cuenta con un medio alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, “a la cual deliberadamente no ha acudido” por considerar que es más efectivo el amparo constitucional.

Sostiene que de acuerdo con sentencia del 19 de octubre de 2006 del Consejo de Estado no puede alegarse violación del derecho de defensa del declarado insubsistente, pues de todas formas tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción administrativa para alegar la desviación de poder en que hubiere podido incurrir la administración al adoptar tal determinación; además, resulta improcedente la pretendida asimilación entre los cargos de carrera y los provisionales, ya que se trata de dos categorías distintas creadas por la ley.

Aduce que de acuerdo con los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973, no existe obligación para la administración de motivar el acto de

insubsistencia de quien ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa y agrega que ha sido voluntad del constituyente y del legislador hacer referencia a dos categorías de cargos: los de carrera y los de libre nombramiento y remoción.

Indica que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del 2400 de 1968, “establece con plena vigencia” que podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional sin motivar la providencia y añade que el Decreto 1330 de 1998, que reglamentó la Ley 443 del mismo año, que estableció la prohibición de declarar insubsistentes empleos de carácter provisional, fue derogado por el Decreto 1754 de 1998.

Sostiene que en la misma dirección, el Decreto 2504 de 1998 determinó el carácter transitorio del nombramiento provisional y el artículo 4° del Decreto 1572 del mismo año, dispuso que el empleado que ocupe ese cargo debe ser retirado mediante declaratoria de insubsistencia a través de acto administrativo expedido por el nominador.

Concluye que la decisión frente a un caso como el que se examina debe ser adoptada por el juez competente, partiendo de la presunción de legalidad, la búsqueda de la mejora en el servicio y el cumplimiento del interés general, para lo cual tendrá que analizar si el actor ha dado cumplimiento al artículo 177 del CPC, respecto de la prueba de la causal de nulidad que invoque y añade que las razones de la insubsistencia deben buscarse en los antecedentes de la expedición del respectivo acto, en las eventuales anotaciones en la hoja de vida o en lo alegado por las partes en el trámite del proceso, “así será el debate probatorio el que defina la controversia”. Por último, expresa que en cuanto a los demás derechos invocados por la accionante como violados, no se probaron “las circunstancias especiales de cada caso para que se de dicha vulneración”.

### 3. Impugnación

La apoderada de la tutelante argumenta que el fallo de primera instancia desconoció “la entidad constitucional autónoma” del derecho a la motivación del acto de desvinculación de personas que han sido despedidas violándoles el debido proceso, “lo cual amerita una protección de carácter definitivo, por la vía de tutela”, pues además existe un perjuicio irremediable y agrega que tampoco tuvo en cuenta la condición de

madre cabeza de familia de la señora María Ramos Hernández, así como la situación de abandono en que ella ha quedado luego de su desvinculación a través de un acto carente de motivación, quedando sus hijos ad portas de dejar sus estudios universitarios, pues su única fuente de ingresos era su salario.

Manifiesta que esta Corte ha insistido en la protección de derechos constitucionales fundamentales en casos similares y ha sostenido que la desvinculación de cargos de carrera que han sido ocupados en provisionalidad por más tiempo del que la ley establece, no se gobierna por las reglas aplicables a los cargos de libre nombramiento y remoción, precisando también que el retiro sólo puede producirse porque el cargo fuere a proveerse en propiedad, como resultado de calificación de servicios o de sanción disciplinaria, situaciones que no fueron tenidas en cuenta por el fallador.

Considera que el Juzgado de primera instancia ignoró también la protección constitucional especial a la mujer cabeza de familia y la prohibición consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 según la cual no pueden ser despedidas en desarrollo del programa de renovación de la administración pública dichas madres sin alternativa económica.

Frente a la decisión que le fue desfavorable, pregunta dónde quedó la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y cómo podría una madre cabeza de familia, como su poderdante, cumplir con la educación de sus hijos; así mismo, pregunta si para acreditar el perjuicio irremediable es necesario que los hijos de la accionante tengan que abandonar sus estudios. Afirmo igualmente la representante de la accionante que el a quo ignoró por completo las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002 y T-1240 de 2004 y concluye que el fallo atacado se encuadra más dentro del ámbito contencioso administrativo que de la órbita constitucional, “pues aquí lo que se trata es de evitar el perjuicio irremediable que viene padeciendo mi poderdante, producto de la decisión de la administración municipal de Valencia”.

#### 4. Sentencia de segunda instancia

En providencia del 9 de mayo de 2008, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería confirmó el fallo de primera instancia, pues al revisar el acto administrativo de retiro de la

accionante encontró que estaba motivado, “basándose en disposiciones de orden legal y reglamentario, ellas son art. 26 Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973”.

Señala que si la tutelante considera que si pese a ello el acto administrativo de desvinculación no fue motivado, porque las normas en que se amparó no están vigentes, no es esa la instancia apropiada para entrar a dirimir esa controversia, ya que tendría que entrar a analizar la verdad de tal afirmación, “tarea ésta que solo debe adelantar el juez de la jurisdicción contenciosa administrativa”.

Expresa que la acción de tutela también resulta improcedente para obtener el reintegro con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación, pues es necesario que en el proceso respectivo previamente se desvirtúe la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Reconoce que según la jurisprudencia constitucional, la motivación de los actos administrativos de insubsistencia de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera forma parte del derecho al debido proceso administrativo, ya que permite que dichos actos puedan ser objeto de control judicial y agrega que en un caso similar al de la señora Ramos Hernández esta Corte precisó que dentro de la exigencia de motivar esos actos no se puede tener en cuenta la sola afirmación de la naturaleza provisional del cargo, la mención al carácter discrecional del acto de remoción y la consiguiente ausencia de necesidad de motivar esa medida.

Expresa que en el presente caso es importante resaltar que si bien al dictarse el acto de desvinculación se adujo la naturaleza provisional del cargo, así como la discrecionalidad de la facultad de remoción, “esta decisión se encuentra fundamentada en disposiciones legales que ahora no pueden controvertirse”.

De otra parte, manifiesta que solo excepcionalmente la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para solicitar el reintegro y el consecuente pago de salarios,

cuando el accionante acredita estar frente a un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales que, en el caso de la señora Ramos Hernández, no está demostrado, todo lo cual lleva a ese despacho a confirmar la providencia impugnada.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución Política y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. El problema jurídico a resolver

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar en la presente oportunidad si la acción de tutela presentada por María Ramos Hernández contra el municipio de Valencia (Córdoba), es mecanismo idóneo para obtener el reintegro al cargo de Jefe de Asuntos de la Comunidad, empleo de carrera administrativa que ocupaba en provisionalidad, o en otro equivalente o de mejor categoría, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que su nombramiento fue declarado insubsistente.

Para despejar este interrogante, la Sala establecerá previamente si están satisfechos los presupuestos procesales generales para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir la acción de tutela y se referirá también a la posibilidad excepcional, reconocida por la jurisprudencia constitucional, de obtener la motivación del acto de insubsistencia y el reintegro al empleo de carrera, ocupado en provisionalidad, para así finalmente analizar el caso concreto, determinando si resulta procedente conceder a la accionante el amparo de los derechos que considera violados.

### 3. Verificación de los presupuestos procesales de la tutela en revisión

Debe esta Sala abordar, como cuestión previa, lo atinente a la procedencia de la acción de tutela, determinando si se cumplen las condiciones generales que tienen que satisfacerse para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir el amparo en revisión.

3.1 El primer presupuesto procesal de la acción de tutela exige que ella haya sido interpuesta para la defensa de un derecho fundamental y no de otra categoría de derechos, exigencia que cumple la acción bajo análisis, pues al revisar la petición de amparo se advierte que los invocados por la accionante efectivamente corresponden a derechos reconocidos como tales por la propia Constitución y por reiterada jurisprudencia de esta corporación, a saber, el debido proceso, la protección a la mujer cabeza de familia, el mínimo vital, la salud, la vida digna, al igual que la educación, el trabajo y su estabilidad.

3.2. El segundo presupuesto procesal se refiere a la existencia de legitimación en la causa por activa, es decir, que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona, lo que igualmente se cumple en el presente caso, pues la demandante es titular de los derechos cuya protección solicita y otorgó poder para reclamarlos, al sentirse afectada por la decisión del municipio de Valencia de declarar insubsistente su nombramiento en el cargo ahora denominado Jefe de Asuntos de la Comunidad, empleo de carrera administrativa que ocupaba en provisionalidad.

3.3. El tercer presupuesto procesal de la acción de tutela es la legitimación en la causa por pasiva, exigencia que implica que contra quien se interpone la acción sea la autoridad o el particular que vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental, que en el presente caso también está satisfecho, pues la demanda se dirige contra la Alcaldía de Valencia (Córdoba), autoridad pública a la que la demandante endilga la violación de sus derechos constitucionales fundamentales anteriormente reseñados, al dictar el Decreto por el cual se declaró insubsistente el empleo que ocupaba.

3.4. El cuarto presupuesto procesal que debe verificar la Sala para determinar la procedencia de la presente acción, es la inexistencia de otro medio de defensa judicial, para lo cual debe considerarse que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 86 superior, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”; la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra la solicitante (art. 6-1 D.2591 de 1991).

Según la jurisprudencia, existen dos posibilidades excepcionales, en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización, a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance de los interesados. La primera, prevista directamente en el citado artículo 86 de la Constitución, surge cuando se ha interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y la segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, excepción que ha sido introducida por la jurisprudencia de esta corporación<sup>1</sup>.

En el asunto bajo revisión, la apoderada de la accionante plantea en forma simultánea dos pretensiones distintas: que se ordene al municipio de Valencia motivar el acto de insubsistencia y que además se le ordene a ese ente territorial reintegrarla al cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad al momento de la desvinculación; así mismo se refirió a la necesidad de obtener urgente protección para su representada, que es una mujer viuda y madre cabeza de familia, dado que la demora de una decisión de la justicia contencioso administrativa “afectaría ostensiblemente el núcleo familiar y en particular los derechos de sus hijos... los cuales se encuentran estudiando en universidades”.

Más adelante, la Sala abordará con más profundidad este punto, ya que específicamente tratándose de casos como el que se analiza, donde la vulneración de los derechos fundamentales proviene de la determinación adoptada por la administración, de retirar sin motivación alguna a un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, debe establecerse si por las circunstancias particulares del caso resulta viable otorgar el reintegro solicitado u ordenar que la autoridad accionada atienda la petición de hacer explícitas las razones que justifican esa decisión.

3.5 Para la procedencia de la acción de tutela, también es menester verificar que el interesado haya acudido oportuna y prontamente a solicitar salvaguarda de sus derechos fundamentales, pues aun cuando no rige un término de caducidad para el ejercicio de la acción, sí es necesario que sea presentada en un plazo razonable, que el juez de tutela debe ponderar, ya que el amparo ha sido consagrado para la “protección

inmediata" de derechos constitucionales.

En el asunto en estudio también se satisface esa exigencia, por cuanto la decisión del municipio de Valencia que se acusa de afectar los derechos de la accionante, data del 19 de febrero de 2008, cuando fue proferido el Decreto 024 de esa fecha, por el cual fue declarado insubsistente el nombramiento en el cargo de Jefe de Asuntos de la Comunidad, que ocupaba en provisionalidad la señora María Ramos Hernández, en tanto que la acción de tutela en revisión fue presentada el 1° de abril del mismo año, término que se juzga razonable para promover la protección de los derechos fundamentales presuntamente afectados con tal determinación.

Verificado el cumplimiento de los presupuestos generales de procedibilidad, a continuación la Sala determinará si a través de la acción de tutela es posible obtener la motivación del acto de insubsistencia y el reintegro al empleo.

4. Procedencia de la acción de tutela respecto de insubsistencia sin motivación de nombramientos de servidores públicos en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de esta corporación ha sido constante en considerar que en lo concerniente al retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, tal decisión necesariamente debe ser motivada, dado que "la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado"<sup>2</sup>.

Para esta Corte no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción, no dependiendo en el primer caso la permanencia en el cargo de una facultad totalmente discrecional del nominador, sino de que exista una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro.

En este sentido se ha señalado que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad"<sup>3</sup>, ni convierte el cargo en de libre nombramiento y remoción;

por ello, “el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”<sup>4</sup>.

A propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 19685, esta Corte en sentencia C-734 de 2000 (junio 21), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, acogiendo las consideraciones de la SU-250 de 1998 (mayo 26), M. P. Alejandro Martínez Caballero, señaló nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere motivación, pues su situación laboral no es idéntica a la de quienes ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe, posición ratificada en sentencia T-884 de 2002 (octubre 17), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, que concedió la protección constitucional a una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, cuya resolución de desvinculación de la entidad, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no fue motivada.

La sentencia T-634 de 2006 (agosto 3), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, reiteró que “la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable -so pena de vulnerar el debido proceso-, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal necesidad de motivación cesa cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión”; más adelante, la sentencia T-653 de 2006 (agosto 9), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, volvió a insistir en que “cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial”.

Ha expresado también esta Corte que la acción de tutela, cuando es interpuesta en caso de despido sin motivación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, es mecanismo idóneo para exigir dicha motivación, pues constituye una “petición autónoma”, dado que el administrado carece de un mecanismo directo ante la administración para exigir la expresión de las razones de su retiro y así acceder adecuadamente a la administración de justicia con el fin de controvertir tal determinación. Al respecto, en sentencia T-1240 de 2004 (diciembre 9), M. P. Rodrigo

Escobar Gil, se indicó:

“... es claro que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial orientado a obtener que la Administración produzca esa motivación, que, como ha dicho la jurisprudencia, resulta indispensable para establecer si ha habido una lesión de los derechos fundamentales. Por consiguiente, resulta en este caso procedente la tutela como mecanismo definitivo, porque la decisión que resuelva que hay lugar al amparo, conduciría a una actuación de la Administración que es autónoma de los procesos contencioso administrativos que podrían suscitarse a partir del acto de desvinculación. En efecto, la orden de protección, en el evento de resultar ella procedente, se orientaría a obtener que la Administración motive el acto de desvinculación, si existe una razón para la misma, caso en el cual se abriría la puerta para que, si la afectada lo considera del caso, acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

En sentencia T-729 de 2007 (septiembre 13), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se efectuó la siguiente distinción: si lo pretendido por el accionante es la motivación del acto de insubsistencia, la tutela procede directamente para exigirla, sin necesidad de que deba acudir previamente a otros mecanismos alternos de defensa judicial; en cambio, para lograr el reintegro al cargo y la indemnización correspondiente, dicha acción no procede como mecanismo principal de defensa judicial, sino como mecanismo subsidiario, para lo cual es menester que el afectado agote primero los mecanismos ordinarios de defensa judicial, concretamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que pida la protección como mecanismo transitorio para evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable, circunstancia que debe estar demostrada dentro del proceso.

De esta forma, para la jurisprudencia constitucional queda descartada la acción de tutela como mecanismo judicial adecuado, per se, para lograr el reintegro al cargo y la indemnización de perjuicios, a raíz de la desvinculación inmotivada de un servidor público que ocupa un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, ya que para ese propósito el medio de defensa pertinente es el ejercicio de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, a través de la cual el interesado puede cuestionar la legalidad del acto administrativo de retiro y obtener la satisfacción de sus pretensiones.

La anterior regla tiene una excepción cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual, para concederla debe estar acreditada la inminente consumación de dicho perjuicio y así obtener del juez constitucional una protección provisional, pero el demandante debe acudir oportunamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de la resolución de desvinculación y el restablecimiento de su derecho; la medida de amparo se mantendrá mientras esa jurisdicción, invocada en el término fijado, decide lo que en derecho corresponda.

Conviene precisar que para efectos de la procedencia del amparo constitucional en los casos de retiro inmotivado de servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, no puede considerarse como motivación del respectivo acto administrativo sólo la afirmación hecha por la administración sobre la naturaleza provisional del nombramiento, ni la mención del carácter discrecional del acto de remoción. Así lo precisó esta Corte en sentencia T-1240 de 2004, ya citada, al amparar los derechos de un servidor público que se encontraba en la referida situación:

“Mediante Resolución 24 de febrero 5 de 2004 la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas decidió declarar insubsistente el nombramiento de... en el cargo de carrera administrativa que venía desempeñando en provisionalidad. En la misma resolución se decidió nombrar en el cargo, en provisionalidad y mientras se efectúa la respectiva convocatoria a concurso, a ...

En la parte considerativa de la mencionada resolución se señala que de acuerdo con sentencia del Consejo de Estado de marzo 13 de 2003, el nombramiento en provisionalidad no genera estabilidad en el cargo y la persona puede ser removida del mismo de manera discrecional y sin necesidad de motivar el acto de insubsistencia. Adicionalmente se pone de presente que, de acuerdo con la Ley 443 de 1998, artículos 7 a 10, el nombramiento en provisionalidad no podrá exceder de cuatro meses, prorrogables por el mismo término por una sola vez.

Para la Sala resulta evidente que no obstante la expresión de los anteriores considerandos, no se ha cumplido en este caso con la exigencia de motivar el acto de desvinculación del empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, puesto

que no puede tenerse por tal, la mera afirmación sobre la naturaleza provisional del nombramiento, y la sustentación del acto en la consideración sobre el carácter discrecional del acto de remoción y la consiguiente ausencia de necesidad de motivación.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera sólo puede producirse, o porque el cargo va a ser ocupado por persona designada mediante concurso de méritos, o porque existe una razón que así lo justifique desde la perspectiva del servicio. En este caso, como quiera que en la misma resolución mediante la cual se declaró la insubsistencia de la actora, para reemplazarla, se designó a otra persona, también en provisionalidad, habría sido necesario expresar en la resolución las razones de conveniencia del servicio que daban piso a la decisión. Sin embargo, es evidente que, en este caso, las razones de servicio para la desvinculación, de existir, se mantuvieron en reserva y que, por consiguiente, no es posible saber si hay una consideración legal y constitucionalmente válida para el efecto. Ello permite concluir que se ha desconocido en este caso el derecho que, en los términos que se han reseñado en esta providencia, le asiste a la actora para que el acto mediante el cual fue declarada insubsistente sea debidamente motivado.

En esas condiciones, encuentra la Sala que la actuación de la Administración resulta violatoria del derecho al debido proceso de la peticionaria y, dadas las circunstancias de la actora que obran en el expediente y no fueron desvirtuadas -madre cabeza de familia que tenía en su salario su única fuente de ingreso-, también afecta su derecho al trabajo y al mínimo vital. Por lo tanto, en aplicación de la jurisprudencia constitucional que se ha reseñado en esta sentencia, relacionada con la violación del derecho al debido proceso derivada de la abstención de fundamentar la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de una persona que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, habrá de concederse el amparo y revocar las decisiones de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela.” (Subrayas fuera del texto original).

Por último es necesario indicar que siguiendo los lineamientos trazados en anteriores pronunciamientos<sup>6</sup>, frente a situaciones donde se observa el desconocimiento del

derecho al debido proceso por ausencia de motivación del acto de insubsistencia, se ha considerado procedente conceder la protección solicitada y ordenar a la entidad accionada que motive el acto administrativo de desvinculación siguiendo los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, a fin de permitir que el afectado acuda a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir tal determinación, con la advertencia de que si la entidad demandada no cumple lo ordenado, debe reintegrarlo al mismo cargo o a uno equivalente.

## 5. El caso concreto

Según quedó expuesto en los antecedentes de la presente providencia, la señora María Ramos Hernández considera que la decisión adoptada por el Alcalde de Valencia (Córdoba) de declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Asuntos de la Comunidad, según la actual denominación, vulneró sus derechos fundamentales, al carecer de motivación; por ello solicita a través de acción de tutela, presentada por medio de apoderada, se ordene al referido ente territorial cumplir tal exigencia y reintegrarla al empleo que venía ocupando al momento de la desvinculación, o equivalente o superior, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

El municipio de Valencia respondió la acción de tutela, expresando que no existió actuación arbitraria, ya que conforme a lo dispuesto en los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973, el nombramiento en provisionalidad puede declararse insubsistente sin motivar el respectivo acto administrativo, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado al manifestar que dichos servidores no gozan del fuero de estabilidad, propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos.

El Juzgado de primera instancia negó el amparo, porque en su opinión la demandante cuenta con un medio alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a la cual “deliberadamente” no acudió por considerar más efectivo el amparo constitucional; adujo igualmente que la accionante no puede alegar violación del derecho de defensa, pues de acuerdo con los precitados artículos, la administración no está obligada a motivar el acto de insubsistencia

de quien ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa.

Impugnada tal determinación fue confirmada por el ad quem, que consideró que el acto administrativo de insubsistencia de la accionante sí está motivado, pues hace mención expresa a los artículos 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, disposiciones que a su juicio no pueden ser controvertidas en sede de tutela sino ante la jurisdicción contenciosa administrativa, donde la afectada podrá solicitar además el reintegro con el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde su desvinculación, no habiendo acreditado estar frente a un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales que, de ser demostrado, habría hecho procedente el amparo solicitado.

Para esta Sala de Revisión asiste razón a los jueces de instancia en que la acción de tutela de la referencia, promovida por la señora Ramos Hernández, resulta improcedente en cuanto se dirige a obtener el reintegro y la indemnización de perjuicios, pues de conformidad con los parámetros jurisprudenciales reseñados en el acápite anterior, la accionante tenía que haber ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto 024 del 19 de febrero de 2008, expedido por el Alcalde de Valencia, a fin de obtener la satisfacción de tales pretensiones, lo cual no hizo, pues prefirió acudir directamente al amparo constitucional.

Es cierto, de otra parte, que esta tutela fue interpuesta como mecanismo transitorio, para lo cual la afectada alegó la existencia de un perjuicio irremediable que, según se ha explicado, hace procedente la protección pedida; sin embargo, aunque allegó copia del certificado de defunción de su esposo, declaraciones extra proceso sobre su condición de madre cabeza de familia y certificados de estudios superiores de sus dos hijos, no está acreditado que el daño sobreviniente tenga la magnitud de afectar el mínimo vital y no pueda remediarse por el procedimiento que ofrece la jurisdicción contenciosa administrativa, que incluye la eventual suspensión del acto lesivo.

No obstante lo anterior y contrariamente al parecer de los jueces de instancia, la otra pretensión planteada por la accionante Ramos Hernández, relacionada

con la motivación del acto de insubsistencia, sí resulta viable.

Al revisar el contenido del acto administrativo opugnado se corrobora que la actora efectivamente ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera administrativa (Jefe de Asuntos de la Comunidad), del cual fue desvinculada sin que el referido Decreto 024 de 2008, a pesar de su extensión y de incluir referencias legislativas y jurisprudenciales, contenga una justificación objetiva razonable sobre el hecho en sí de la remoción de la actora, para dar paso a quien no se explica que hubiere concursado ni que tuviere cuáles méritos superiores.

En efecto las consideraciones, relativamente amplias, se circunscribieron especialmente a acotar la “estabilidad laboral relativa” de los trabajadores “vinculados a sus cargos mediante la figura del concurso de mérito”, cuyo retiro procede “cuando medie calificación insatisfactoria”, siendo la carrera administrativa “la figura jurídica que da estabilidad relativa”, mientras el nombramiento “para ocupar un empleo de servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia”, agregando el mencionado Decreto que el Consejo de Estado ha sostenido que los trabajadores que se encuentran en provisionalidad “no gozan de estabilidad laboral, pudiendo ser retirados discrecionalmente por el nominador”.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha reiterado que no puede tenerse por motivación “la mera afirmación sobre la naturaleza provisional del nombramiento, y la sustentación del acto en la consideración sobre el carácter discrecional del acto de remoción y la consiguiente ausencia de necesidad de motivación”<sup>7</sup> y que la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera sólo puede producirse porque el cargo va a ser ocupado por persona designada mediante concurso de méritos o porque existe una razón que así lo justifique desde la perspectiva del servicio.

Estas circunstancias no se evidencian en el asunto bajo revisión, como quiera que en el mencionado Decreto 024 del 19 de febrero de 2008 se adujo para el retiro de la accionante la naturaleza provisional del empleo, el carácter discrecional del acto de retiro y la inexistencia del fuero de estabilidad, sin expresar las razones de conveniencia del servicio que sustentaran la decisión.

Lo anterior lleva a concluir que a la señora María Ramos Hernández se le desconoció, por parte del municipio de Valencia, el derecho que le asiste a la motivación del acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que pasó a denominarse Jefe de Asuntos de la Comunidad. Esto conduce a revocar la decisión judicial revisada, que negó la tutela pedida.

En su lugar, se concederá el amparo solicitado, se dejará sin efectos el precitado Decreto 024 de febrero 19 de 2008, generándose la consecuente continuidad, y se ordenará al Alcalde de Valencia (Córdoba) que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida un nuevo acto administrativo motivando, como quedó expresado, la declaratoria de insubsistencia, si es esa su decisión, contra la cual la interesada podrá ejercer la acción pertinente ante la jurisdicción contencioso administrativa, en los términos indicados en la respectiva codificación.

En caso de que la municipalidad demandada se abstenga de cumplir lo ordenado en esta providencia dentro del término establecido para ello, deberá efectuar el reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior en la administración municipal.

### III. DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 9 de mayo de 2008 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería, que confirmó el dictado el 8 de abril del mismo año por el Juzgado Promiscuo Municipal de Valencia, que negó la acción de tutela promovida por la

señora María Ramos Hernández contra el municipio de Valencia (Córdoba), para, en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado.

Segundo. En tal virtud, DEJAR SIN EFECTOS el Decreto 024 del 19 de febrero de 2008, proferido por el Alcalde de Valencia (Córdoba), mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de María Ramos Hernández, quien entonces se desempeñaba como Jefe de Asuntos de la Comunidad de ese municipio y ORDENAR que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, dicho Alcalde expida un nuevo acto administrativo, expresando apropiadamente los motivos que conduzcan a la declaratoria de insubsistencia, si es esa su decisión. En caso de no cumplir lo ordenado dentro del término indicado, deberá efectuar el reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior en la administración municipal.

Tercero. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cf, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 (junio 16), M. P. Ciro Angarita Barón y SU-961 de 1999 (diciembre 1º), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2 T-610 de 2003 (julio 24), M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 T-800 de 1998 (diciembre 14), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

4 T-800 de 1998.

5 Decreto Ley 2400 de 1968 “Artículo 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.”

6 T-597 de 2004 (junio 15), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-951 de 2004 (octubre 7), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra ; T-064 de 2007 (abril 1º), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

7 T-1240 de 2004 (diciembre 9), M. P. Rodrigo Escobar Gil.