

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad

INSUBSISTENCIA EN CARGO EN PROVISIONALIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-
Procedencia tutela

INSUBSISTENCIA Y DEBIDO PROCESO-Omisión de motivarla en caso de empleado de carrera constituye violación

ACTO ADMINISTRATIVO-En cuanto a motivación existe línea jurisprudencial contraria entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

La desvinculación de un trabajador que ocupando de manera provisional un cargo de carrera, deberá exponer de manera clara los motivos para ello, y demostrar de esta manera que dicha actuación se hizo en aras de proteger el interés general. Podría pensarse que la posición sentada por la Corte sobre el particular, estaría contrariando la línea jurisprudencial que sobre el mismo tema ha expuesto el Consejo de Estado como máximo tribunal en la jurisdicción contencioso administrativa. Según ese máximo tribunal, no se requiere motivar el acto que desvincula a un trabajador que ocupa un cargo en provisionalidad. No obstante, la Corte hecha de menos dicha motivación, pues es desde el punto de vista constitucional y de la protección de los derechos fundamentales que esta Corporación realiza su estudio jurídico, mientras que el ámbito de control y análisis del Consejo de Estado pretende determinar solamente la legalidad o no del mencionado acto.

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Entidad debe motivar el acto administrativo de desvinculación

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-957873

Acción de tutela instaurada por Dumar Hurtado Cardona contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Dual de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Dumar Hurtado Cardona contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES.

Los hechos de la presente tutela se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. El accionante, Dumar Hurtado Cardona, se vinculó a la Fiscalía General de la Nación el 21 de enero de 1996 ocupando el cargo de ESCOLTA, adscrito a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación – Seccional Florencia – Caquetá, nombramiento que se hizo mediante Resolución No.0-2821 de diciembre 6 de 1995, la que fuera proferida por el entonces Fiscal General de la Nación Alfonso Valdivieso Sarmiento.
2. Tan sólo sesenta (60) días después de su nombramiento, fue ascendido al cargo de INVESTIGADOR JUDICIAL 1, nombramiento que se hizo mediante Resolución No. 0-0617 de marzo 20 de 1996, labor que prestaría inicialmente en la Seccional de Florencia. Posteriormente fue trasladado a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Santiago de Cali, siendo asignado al GRUPO DE ACCIÓN UNIFICADA PARA LA LIBERTAD PERSONAL -GAULA - CALI - POLICIA.
3. Por su buen desempeño en el cumplimiento de su labor, el accionante es remitido a la Dirección Nacional de la Policía Nacional a fin de que adelantara un curso denominado

SEMINARIO DE OPERACIONES ANTISECUESTRO Y EXTORSIÓN.

4. Desde el mes de mayo de 1999, ejerció sus labores en la ciudad de Medellín, a donde fue asignado inicialmente al GRUPO OPERATIVO, en el cual cumplió con la labor de adelantar operativos especiales de allanamiento y registro. Posteriormente, hizo parte del GRUPO ESPECIAL DE CAPTURAS, en el cual obtuvo una alta estadística de resultados.

5. En el mes de julio de 1999, la ESCUELA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y CRIMINALÍSTICA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN lo convoca para que realice el CURSO BÁSICO DE EXPLOSIVOS, participando en la prevención, desactivación experticio e instrucción técnica, labores de alto riesgo.

6. Luego de numerosos atentados en la ciudad de Medellín, desde el mes de abril de 2000, fue nombrado en el cargo de JEFE DE SEGURIDAD del CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN, Seccional Antioquia, cargo en el cual obtiene nuevamente reconocimiento de sus superiores. Por tal motivo es asignado al GRUPO DE ACCIÓN UNIFICADA PARA LA LIBERTAD PERSONAL-GAULA MILITAR ORIENTE ANTIOQUEÑO, adscrito a la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, ubicada en Rionegro Antioquia. En este cargo nuevamente sus superiores reconocen su buena labor.

7. Por ello, es convocado para ser docente en la Escuela de Investigación Criminal y Criminalística de la Fiscalía General de la Nación en Medellín, en donde por espacio de más de 3 años ejerció como instructor en el área de Seguridad Integral y además en el área de Técnicas de Allanamiento y Registro.

8. El día 2 de febrero de presente año, en cumplimiento de actos del servicio, sufrió un accidente de tipo laboral el cual fue oportunamente reportado a la Aseguradora de Riesgos Profesionales A.R.P. COLMENA, entidad que le dictaminó una incapacidad laboral de sesenta y siete (67) días, pues dicho accidente le ocasionó una LUMBALGIA TRAUMÁTICA SEVERA. En posteriores controles médicos se pudo determinar que la lesión causada por dicho accidente correspondía a una DISCOPATIA LUMBALGICA SEVERA, lesión que hasta la fecha sigue bajo control médico, no pudiéndose llegar a un dictamen definitivo.

9. Para el 16 de febrero de 2004, el accionante tenía programada una consulta médica con el neurólogo, a fin de continuar con el seguimiento médico de la enfermedad adquirida en

cumplimiento de actos del servicio.

10. Sin embargo, mediante Resolución No. 0-2063 de 21 de octubre de 2003, el Fiscal General de la Nación, declara al accionante, INSUBSISTENTE del nombramiento del cargo de INVESTIGADOR JUDICIAL 1, del Cuerpo Técnico de Investigación, Seccional - Valle del Cauca-Cali.

Frente a los anteriores hechos, el accionante considera que le han sido violados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, a la salud y seguridad social en conexidad con la vida.

Señala que como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia, sus condiciones de vida se han visto drásticamente afectadas, pues de su labor dependen su esposa y sus tres (3) hijos. Además, que su desvinculación lo dejó sin atención en salud ni seguridad social. De la misma manera, señala que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para lograr la protección de sus derechos, por cuanto acudir a otras vías judiciales de defensa, cuyo desarrollo y procedimiento es tan largo, llevaría a que su condición actual de vida y de salud y el perjuicio al cual se encuentra expuesto, sea irreparable.

Señala así mismo, que su derecho a la igualdad también ha sido vulnerado por cuanto otros compañeros que se encuentran en la misma situación de provisionalidad han podido conservar sus cargos e incluso han tenido la oportunidad de iniciar carrera administrativa.

En lo que respecta a su derecho al debido proceso, anota, que para su desvinculación no se tuvo en cuenta la lesión que padece en su columna vertebral, así como tampoco se le practicó la correspondiente valoración médica.

Finaliza señalando que su desvinculación y su actual condición de desempleado afectado por una lesión, atenta contra las condiciones de vida digna de él y de su familia.

Por las anteriores razones, solicita se protejan sus derechos fundamentales relacionados, y se ordene a la Fiscalía General de la Nación, sea reintegrado al cargo que venía desempeñando en dicha entidad; se le cancelen los salarios dejados de percibir desde su destitución; y que las órdenes que se lleguen a impartir sean de inmediato cumplimiento.

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

- El accionante fue nombrado en la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad, desempeñando como último cargo, el de Investigador Judicial 1 de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali, cargo del cual fue declarado insubsistente mediante Resolución No. 0-2063 de octubre 21 de 2003.

- “Si bien el cargo de Investigador Judicial 1 es de carrera, el acceso a este por parte del accionante, no se efectuó como resultado de un concurso, pues su vinculación fue en provisionalidad.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

- Que en oficio del 14 de julio de 2003, la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, manifiesta que el accionante, no fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación, como tampoco se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Escalafón, encontrándose si, en provisionalidad.

- “En consecuencia, tenía el carácter de nombramiento en provisionalidad y su situación era de libre nombramiento y remoción, tal y como lo ha venido señalando la Jurisprudencia reiterada del Honorable Consejo de Estado, valga citar entre otras, la Sentencia de enero 25 de 2001, expediente 2447-99, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla que sobre el tema sostuvo: ‘Ahora, cuando excepcionalmente se provean cargos con personal que no ha ingresado mediante concurso, se acude a la figura del nombramiento provisional, pero ello no implica que los servidores así vinculados no tengan la calidad de empleados de libre nombramiento y remoción’. (Negrilla fuera de texto)”

- De esta manera, y en tanto el accionante se había vinculado a la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad, el señor Fiscal General, en uso de su facultad discrecional que le otorga la ley como nominador, podía válidamente desvincular al tutelante a través del mecanismo de insubsistencia.

- “Respecto de las afirmaciones que hace el accionante en cuanto a su conducta laboral, es preciso citar, que dicha conducta no interfiere con la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia de un servidor en provisionalidad, que como vimos tiene la condición de libre nombramiento y remoción, así lo ha sostenido la Jurisprudencia del Consejo de Estado en Sentencia 53 del 7 de diciembre de 1992, Magistrado Ponente, Alvaro Lecompte

Luna: 'Ahora bien, la idoneidad, la experiencia, los méritos y el cumplimiento de los deberes propios del cargo, acreditados por (sic) empleado de libre nombramiento y remoción no son suficiente para enervar la facultad discrecional del nominador y para garantizar la permanencia en el empleo...'.’”

- En consecuencia, el Fiscal General de la Nación en uso de sus facultades legales y por motivos del servicio o por reorganización de la entidad, estaba facultado para dictar la resolución de insubsistencia del accionante, quien se encontraba vinculado en provisionalidad, siendo ésta última circunstancia la que permite que el acto no deba ser motivado.

- “Además, el tutelante busca crear un nexo de causalidad entre la declaratoria de insubsistencia y la situación de salud que presenta, hecho que le corresponde establecer a la jurisdicción contencioso administrativa.”

- Se anota que el accionante puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiendo además solicitar la suspensión provisional del acto. Así, queda demostrado que existe otra vía judicial y que en el presente caso, la acción de tutela es inviable.

- Por otra parte, no se vislumbra la ocurrencia o inminencia de un perjuicio irremediable, pues, consecuencia directa de un fallo condenatorio proferido por la jurisdicción contencioso administrativa, sería que el actor percibiría todos los sueldos y demás derechos laborales dejados de percibir, aunado al hecho de que podría ser incorporado al servicio, entendiéndose para todos los efectos legales que jamás fue desvinculado.

- En cuanto a la presunta violación de los derechos a la salud y a la seguridad social, la entidad accionada aclara que el derecho a la salud es fundamental por conexidad con un derecho fundamental como la vida, y que en el presente caso, éste último derecho no se encuentra expuesto a ningún riesgo inminente. En cuanto al derecho a la seguridad social, si el accionante considera que su condición de salud se deterioró como consecuencia de un accidente de trabajo, éste debió ser calificado como tal. Así, y aún cuando el actor ya se hubiere desvinculado de su trabajo, será la A.R.P. correspondiente, la encargada de asumir las prestaciones que se deriven de la enfermedad profesional que padece el trabajador. (Ley 776 de diciembre 17 de 2002).

I. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

En providencia del 13 de abril de 2004, la Sala Dual de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, negó la tutela. Expuso la Sala como consideraciones para sustentar su decisión, que el accionante cuenta con otra vía judicial de defensa como es iniciar las acciones pertinentes ante la jurisdicción contencioso administrativa, para buscar la nulidad del acto por medio del cual se le declaró insubsistente. En relación con el derecho a la igualdad, la situación del actor no puede ser comparada con la de otra persona, pues no basta enunciar la existencia de un trato discriminatorio sino que se deben aportar los elementos de comparación necesarios para determinar si fue objeto de un trato en tal sentido. Finalmente, no puede alegarse la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por cuanto al encontrarse vinculado a la Fiscalía General de la Nación, en provisionalidad, su desvinculación o declaratoria de insubsistencia podía hacerse sin que existiera una motivación para ello, situación totalmente diferente si el accionante se hubiere vinculado por carrera administrativa o escalafón.

I. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE.

- Folios 16 a 19, Fotocopia de la Resolución No. 2821 de diciembre 3 de 1995 por la cual se nombran varios funcionarios en la Fiscalía General de la Nación, entre ellos, al señor Dumar Hurtado Cardona. Igualmente, obra fotocopia del acta de posesión.

- Folio 20. Fotocopia de la comunicación hecha por el Secretario General de la Fiscalía General de la Nación por medio de la cual se le comunica al accionante que ha sido nombrado en el cargo de Investigador Judicial 1 mediante Resolución No. 00617 de marzo 20 de 1996.

- Folios 21 a 29. Fotocopias varias de certificaciones y constancias de agradecimiento de diferentes cursos en los que el accionante ha participado como estudiante y como docente.

- Folios 40 a 42. Informe individual de accidentes de trabajo expedido por COLMENA Riesgos Profesionales, así como diagnóstico médico expedido por la Clínica Medellín, en la cual se

especifica la condición de salud del accionante.

- Folio 43. Fotocopia de la Resolución No. 02063 de octubre 21 de 2003, por la cual el Fiscal General de la Nación resolvió declarar insubsistente al señor Dumar Hurtado Cardona.

- Folios 74 a 1011. Respuesta a la tutela, remitida por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, al Tribunal Superior de Cali.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema Jurídico.

En el presente caso, considera el accionante que la declaratoria de insubsistencia del cargo que venía desempeñando en la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.

Frente a estas circunstancias, el problema jurídico a resolver sería el de determinar si la declaratoria de insubsistencia de un funcionario que desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, estaría vulnerando el derecho al debido proceso del mismo, por haberse proferido tal acto sin motivación alguna.

3. Procedibilidad de la acción de tutela.

La Constitución Política en su artículo 86, dispone que la acción de tutela, como mecanismo judicial excepcional, sólo procederá cuando quien la invoque no disponga de otro mecanismo judicial de defensa, o cuando esta se requiera como un mecanismo transitorio para evitar la

ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De la misma manera, el Decreto 2591 de 1991, dispone en su artículo sexto, que, aún existiendo otros mecanismos de defensa judicial, estos se deberán analizar en concreto, y teniendo en cuenta para ello la eficiencia, eficacia de los mismos y las circunstancias fácticas del caso en particular.

Ahora bien, en aquellos casos en los que los particulares pretenden que por vía de tutela se declare la nulidad de un acto administrativo, o se reintegre a un trabajador a su cargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido muy enfática en señalar que las acciones contencioso administrativas, son el mecanismo judicial ordinario y la vía jurídica natural que el legislador ha establecido para que los particulares logren anular un acto administrativo que vulnera sus derechos. Sobre el particular, en sentencia T-343 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se indicó lo siguiente:

“La Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc..) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.

“Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.”

Pero además, como medida adicional a las acciones contencioso administrativas, el particular tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto impugnado, lo que obliga a que la procedibilidad de la acción de tutela deba ser objeto de un análisis más exigente y cuidadoso, en tanto que la vía judicial ordinaria con que cuenta el particular, es un mecanismo judicial eficiente que permite la protección eficaz de sus derechos.¹

Ahora bien, cuando lo pretendido es lograr que por vía de tutela se reintegre a un trabajador a su cargo, esta Corporación ha sido igualmente muy clara en señalar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida ante la jurisdicción contencioso administrativa, es la vía judicial por naturaleza para resolver esta petición. Sin embargo, sólo en el evento en que los derechos fundamentales afectados con dicha desvinculación se encuentren expuestos a un perjuicio irremediable, será la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para protegerlos de manera transitoria. Pero, recordemos que para considerar que existe un perjuicio irremediable, deberán coincidir elementos como la inminencia, la impostergabilidad y la gravedad del peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales, y por ello estos requieren de un remedio urgente y eficaz que garantice la protección de los mismos.

Recordemos que en la sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, quedaron claramente expuestos los elementos que conforman y definen el concepto de perjuicio irremediable, y que de estar presentes en un caso concreto, permiten que la acción de tutela surja como el mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales. Así dijo dicha sentencia:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal de la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.” (negrilla fuera del texto original).

En consecuencia, para determinar la viabilidad de la presente tutela, es menester determinar si existe un perjuicio irremediable.

4. Perjuicio irremediable.

De los hechos expuestos por el accionante en esta tutela, se puede señalar como relevantes

para su análisis los siguientes:

- El accionante considera que la resolución por la cual el Fiscal General de la Nación, lo declaró insubsistente del cargo de Investigador Judicial 1, atenta contra sus derechos fundamentales, al mínimo vital, a la seguridad social a la salud, a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.
- Anota el accionante que cuando fue declarado insubsistente, la A.R.P. COLMENA a la cual se encontraba afiliado había calificado su dolencia lumbar como una enfermedad profesional.
- Que al momento de producirse su retiro, no se le practicó el correspondiente examen médico y que por ello se vulneró su derecho al debido proceso.
- Así mismo indicó, que a diferencia de otros compañeros en igualdad de condiciones a las de él, es decir que se encontraban en provisionalidad, estos si tuvieron la posibilidad de conservar su cargo y en algunos casos, de acceder incluso a la carrera administrativa.
- Que en la actualidad se encuentra desempleado y que esta circunstancia afecta gravemente sus condiciones mínimas de vida, así como su mínimo vital y el de su familia, toda vez que el ingreso que percibía por su trabajo, se constituía en la única fuente de ingresos familiares.
- Que de la misma manera, desde su desvinculación carece de seguridad social y atención en salud.

Frente a las anteriores afirmaciones hechas por el accionante bajo la gravedad del juramento, se tiene que efectivamente tiene tres (3) hijos, y que además estos dependen económicamente de él, y que la única fuente de ingresos económicos de la familia estaban constituida por el salario por él percibido como Investigador Judicial 1, afirmación que en ningún momento fue desvirtuada o controvertida, y que por lo tanto, confirma que el derecho al mínimo vital de él y de su familia se encuentra vulnerado, con lo cual el perjuicio irremediable alegado está igualmente comprobado.

Así, la Sala de Revisión considera viable la presente tutela, razón por la cual entrará a analizar la presunta violación de los derechos fundamentales del accionante.

5. Reiteración de jurisprudencia. El acto administrativo de declaratoria de insubsistencia de un trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe ser motivado.

Sobre este particular, la Corte se ha pronunciado en numerosas sentencias, estableciendo de esta manera una línea jurisprudencial claramente resumida en la sentencia T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se indica que aquellos funcionarios vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, que hayan sido declarados insubsistentes, tienen el derecho a que el acto administrativo que sustenta tal desvinculación deba ser motivado.

Así, el primer pronunciamiento se hizo en la sentencia SU-250 de 1998, en la que de los diferentes aportes jurisprudenciales, resultan de gran importancia para el presente caso, lo señalado en el sentido de que el acto administrativo que declare la desvinculación de un funcionario que viene ocupado un cargo en interinidad o en provisionalidad, cuando el mismo corresponde a un cargo de carrera o al que sólo se puede acceder luego de agotarse un concurso, debe venir acompañado de una motivación, pues tal desvinculación sólo se puede producir por razones de interés general.²

Pero los aportes más significativos al tema, se concretaron cuando en la misma sentencia ya citada cuando señaló la importancia del interés general como principio fundante y como elemento sustancial en la motivación de los actos administrativos que desvinculan a un funcionario que ocupa un cargo en interinidad o provisionalidad. Así mismo, estableció una clara diferencia entre aquellos actos administrativos de desvinculación que se dan respecto de cargos de libre nombramiento y remoción y los de carrera. Así dijo dicha sentencia:

“Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción . La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a ‘la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados’.

“Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por

razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación 'in tuitu personae' entre el nominado y el nominador.”

En consideración a lo anterior, la Corte, señaló posteriormente en sentencia T-800 de 19983, que la desvinculación de funcionario que se encuentre ocupando en interinidad o provisionalidad un cargo de carrera, no puede hacerse mediante un acto administrativo que no tenga una motivación, pues de ser así, al cargo de carrera en cuestión se le estaría dando la connotación de uno de libre nombramiento y remisión, -cargo que no exige que el acto de desvinculación de un trabajador deba ser motivado-, y porque además, se menoscabaría la estabilidad laboral de dicho trabajador, justificándose en el hecho de que éste accedió de manera temporal o transitoria al mismo. En la sentencia arriba citada, se dijo lo siguiente:

“... 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; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno 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.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Consecuencia de este planteamiento, es que la desvinculación de un trabajador que ocupando de manera provisional un cargo de carrera, deberá exponer de manera clara los motivos para ello, y demostrar de esta manera que dicha actuación se hizo en aras de proteger el interés general.⁴

Ahora bien, podría pensarse que la posición sentada por la Corte sobre el particular, estaría contrariando la línea jurisprudencial que sobre el mismo tema ha expuesto el Consejo de Estado como máximo tribunal en la jurisdicción contencioso administrativa. Según ese máximo tribunal, no se requiere motivar el acto que desvincula a un trabajador que ocupa un cargo en provisionalidad. No obstante, la Corte hecha de menos dicha motivación, pues es desde el punto de vista constitucional y de la protección de los derechos fundamentales que esta Corporación realiza su estudio jurídico, mientras que el ámbito de control y análisis del Consejo de Estado pretende determinar solamente la legalidad o no del mencionado acto. En

sentencia T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se dijo lo siguiente:

“El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha dicho que la insubsistencia, aunque no constituye sanción alguna, es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio por cualquier causa, y que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, que puede ser naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario. Así mismo, esa Corporación, como lo destaca la Jefe de la Oficina de la institución accionada, ha afirmado en sus providencias que cuando el empleado ocupa el cargo en provisionalidad, no ostenta fuero de estabilidad alguno y por tal razón, puede ser removido del cargo sin motivación alguna⁵.

“Pues bien. Para esta Sala de Revisión esa jurisprudencia que el Consejo de Estado tiene sentada sobre la materia, resulta a todas luces válida cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y luego de un amplio debate probatorio, se habrá de determinar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad.

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental...”.

Sumado a las anteriores consideraciones, esta Corte en posterior sentencia, señaló igualmente que la estabilidad laboral del trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, no se puede ver afectada o disminuida por considerar la administración que no se requiere motivar el acto que ordena su desvinculación, pues es en virtud de la calidad y las características del cargo que se debe motivar la desvinculación de quien lo ocupe. De la misma manera, la motivación del acto garantiza a quien está siendo desvinculado del cargo, la protección y respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, pues en dicha motivación podrá encontrar los argumentos que justificaron su separación del cargo. La sentencia T-752 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, al resolver un caso similar en el que se separaba del cargo a una funcionaria bajo las mismas circunstancias fácticas objeto de la presente tutela, se pronunció en los siguientes términos:

“Sin embargo, como quedó establecido, el cargo que venía ocupando provisionalmente la señora Gómez Figueredo era un cargo de carrera y no uno de libre nombramiento y remoción como lo sostiene la entidad demandada. En virtud de lo expuesto a lo largo de esta providencia, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. De hecho, la Administración sólo podría desvincularla por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio.

“Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa.”

De esta manera, la motivación de los actos por los que se separa a un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, además de garantizar el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, así como de hacer respetar la estabilidad laboral a que tiene derecho, también elimina cualquiera duda que permita considerar que la

administración produjo un acto injusto y arbitrario en detrimento de tales derechos fundamentales.⁶

Vistas las anteriores consideraciones, es clara la posición sentada por la Corte en su jurisprudencia, en el sentido de que los funcionarios que ocupando en provisionalidad o interinidad un cargo de carrera, podrán ser desvinculados del mismo, mediante un acto motivado, garantizando con ello el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa.

6. Caso concreto.

En la presente tutela, el actor señala lo siguiente:

- Se vinculó a la Fiscalía General de la Nación desde el 21 de enero de 1996 como escolta mediante Resolución No. 0-2821 de diciembre 6 de 1995.
- Posteriormente mediante Resolución No. 0-0617 de marzo 20 de 1996, fue nombrado como Investigador Judicial 1, cargo en el que ha desarrollado una amplia y muy destacada labor, tanto como miembro activo en operativos en diferentes partes del país, como docente en los diferentes cursos y seminarios especializados en la labor por él desarrollada.
- El 2 de febrero de 2003, el actor tiene un accidente laboral, el cual fue informado inmediatamente a la A.R.P. COLMENA a la cual estaba afiliado, dictaminándose una Lumbalgia Traumática Severa, que le significó una incapacidad laboral de 67 días. Dicha lesión al momento de interponerse esta tutela se encontraba aún bajo control y supervisión médica de la A.R.P. y calificada como un accidente de trabajo.
- Que mediante Resolución del 21 de octubre de 2003, el Fiscal General de la Nación en uso de sus facultades constitucionales y legales, declaró insubsistente al actor, señalando además a partir de cuando dicha resolución tiene vigencia. La brevedad del acto hace más evidente la ausencia de una motivación para su expedición.

Confrontados los elementos fácticos de esta tutela con anteriores casos resueltos por esta Corte, considera esta Sala de Revisión, que efectivamente, habrá de concederse el amparo constitucional solicitado por considerar violados de manera directa los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, así como también por encontrarse afectado

el derecho al mínimo vital del accionante y de su familia.

Ciertamente, del análisis de los documentos obrantes en el expediente, se pudo determinar que la resolución por medio de la cual se declaró la insubsistencia del actor de su cargo de Investigador Judicial 1, carece de toda motivación, además, de que de la misma tampoco se puede inferir que dicha decisión se tomó con el fin de garantizar y propender por el interés general.

Por ello, siguiendo la posición jurisprudencial ya decantada por esta Corporación en casos anteriores, resulta necesario aplicar el mismo criterio dispuesto en aquellos asuntos, en el sentido de que los actos por medio de los cuales se declare la insubsistencia de un funcionario que venía desempeñando de manera transitoria o provisional un cargo de carrera, deberá estar motivado, con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de quien se ve afectado con dicho acto.

Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concederá la tutela como mecanismo transitorio a efectos de proteger los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del señor Dumar Hurtado Cardona. En consecuencia, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación para que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a expedir el acto administrativo correspondiente a la motivación de la declaratoria de insubsistencia del señor Dumar Hurtado Cardona del cargo que venía desempeñando en dicha entidad.

Si no se cumpliera con la anterior orden, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar al actor a su cargo -si este no se encontrare ya ocupado por otro trabajador a quien no se le puede afectar su estabilidad laboral-, o a uno equivalente al que venía ocupando.

Se advierte al accionante, que contra el acto que motive la declaratoria de su desvinculación de la Fiscalía General de la Nación procederán las acciones contencioso administrativas correspondientes, dispuestas en el C.C.A. Obviamente, los términos para interponer dichas acciones se contarán a partir de la notificación del acto que se expida.

I. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 13 de abril de 2004 por la Sala Dual de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali. En su lugar, CONCEDER, la tutela promovida por el señor Dumar Hurtado Cardona por violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 0-2063 de 21 de octubre de 2003, mediante la cual el Fiscal General de la Nación, declaró al accionante, INSUBSISTENTE del nombramiento del cargo de INVESTIGADOR JUDICIAL 1, del Cuerpo Técnico de Investigación, Seccional - Valle del Cauca- Cali.

Tercero. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a expedir el acto administrativo con la correspondiente motivación de la declaratoria de insubsistencia del señor Dumar Hurtado Cardona del cargo que venía desempeñando en dicha entidad.

Si no se cumpliera con la orden impartida en este numeral, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar el actor a su cargo -si este no se encontrare ya ocupado por otro trabajador a quien no se le puede afectar su estabilidad laboral-, o a uno equivalente al que venía ocupando.

Cuarto. ADVERTIR al accionante, que contra el acto que motive la declaratoria de su desvinculación de la Fiscalía General de la Nación procederán las acciones contencioso administrativas correspondientes, dispuestas en el C.C.A. Obviamente, los términos para interponer dichas acciones se contarán a partir de la notificación del acto que se expida.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver sentencia SU-544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

2 En la mencionada providencia (SU-250 de 1998), se dijo lo siguiente:

“Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio.”

3 En esta sentencia se dijo lo siguiente:

“La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

“En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

“(…).

4 Ver sentencia T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Ver, entre otras, las sentencias de 8 de junio y 13 de julio, ambas del año 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en las cuales actuó como ponente el Consejero Carlos Orjuela Góngora.

6 Ver sentencia T-1011 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.