

## CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Procedencia de tutela por desvinculación

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

EMPLEADO DE CARRERA NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD-Necesidad de motivación de acto administrativo de desvinculación persiste hasta el momento en que se realice el concurso público

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.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración por no motivar la desvinculación de funcionaria que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Desvinculación/EMPLEADO DE CARRERA NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD-Medidas para evitar ocurrencia de perjuicio irremediable

Para evitar la ocurrencia del perjuicio, la Corte ha tomado dos tipos de medida: (i) la orden de reintegro como medida transitoria y (ii) la orden de motivación del acto administrativo de desvinculación, de acuerdo a derecho, que, de no ser expresada, implica la inmediata revinculación del funcionario separado de su cargo. A través de los dos tipos de parte resolutiva se protege el debido proceso y el mínimo vital. Sin embargo, en procura de armonización de los derechos del accionante y las razones de la administración, se le permite a ésta que exprese la causa efectiva del despido, siempre y cuando ésta no sea, de nuevo, el señalar que la desvinculación de los cargos de carrera en provisionalidad no implican motivación.

#### REINTEGRO AL CARGO-Improcedencia general de tutela

#### ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar reintegro inmediato al cargo

Como regla general, no procede ni el cuestionamiento de la validez de un acto administrativo de vinculación ni el reintegro a través de tutela de una persona desvinculada de la administración. El fundamento de dicha posición radica en la necesidad de mantener en orden las competencias jurisdiccionales y de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario. Además de que la tutela no es, en términos generales, el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo. En conclusión, es dable admitir que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público desvinculado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente prevenido.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Entidad debe reintegrar a la accionante

Referencia: expediente T-1205310

Peticionario: Sulma Eugenia Osorio Vaca

Accionado: Alcaldía Mayor de Tunja

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil seis (2006)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Civil Municipal

de Tunja, el 28 de junio de 2005, y el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, el 16 de agosto de 2005

## I. HECHOS

1. Manifiesta la señora Sulma Eugenia Vaca que mediante Resolución No 3540 del 21 de octubre de 1999 fue nombrada en provisionalidad como Auxiliar Administrativo Grado 9, para ejercer funciones de pagadora en el Colegio José Joaquín Castro Martínez de Tunja.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3. Afirma la actora que conoció del contenido del Decreto el 19 de marzo de 2005, a pesar de que no se le había notificado personalmente, como lo indica el Código Contencioso Administrativo.

4. Agrega que el municipio de Tunja aún no ha convocado a concurso para proveer el cargo que ella ocupaba y que con esto desconoce los considerandos que fundaron su resolución de nombramiento. Lo anterior, puesto que el Alcalde de Tunja no podía declararla insubstante sin que se hubiese adelantado la convocatoria para proveer el empleo de Auxiliar Administrativo.

5. Según la peticionaria, la gravedad del despido se incrementa en virtud de que mientras ella ejerció el cargo no fue sancionada disciplinariamente y se desempeñó con eficiencia.

6. Por último, indica que la decisión de la Alcaldía desconoce su derecho al debido proceso, al trabajo y a la especial protección a la mujer.

7. En consecuencia, solicita que se expida el acto administrativo que garantice su estabilidad laboral en el empleo de Auxiliar Administrativo.

## Contestación de la entidad accionada

La Alcaldía Mayor de Tunja solicitó se negara la tutela puesto que la estabilidad laboral era predictable únicamente de los funcionarios inscritos en carrera administrativa; además, en virtud de que el acto administrativo era cuestionable a través de la vía contencioso administrativa; por último, toda vez que la actora no invocó la tutela como mecanismo transitorio y si lo hubiese hecho no estaba probada la existencia de un perjuicio irremediable.

### I. DECISIONES JUDICIALES

#### A. Primera Instancia

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Tunja, mediante Sentencia del 28 de junio de 2005, denegó la tutela por considerar que la actora contaba con otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos. En efecto, a través de la jurisdicción contencioso administrativa -acción de nulidad y restablecimiento del derecho- podía cuestionar la validez del acto administrativo mediante el cual fue desvinculada. En caso de que la actora acudiera a la acción de nulidad, además, podría solicitar la suspensión provisional del acto si considera que la decisión de la administración le genera un perjuicio irremediable.

Agrega el Juzgado que a pesar de que la tutela puede ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar el grave perjuicio a los derechos fundamentales, en el caso en estudio no se probó que se fuera a configurar dicho perjuicio ni se pidió que la tutela se concediera en esa modalidad.

Por último, indica que la actora hizo uso del recurso de reposición contra el acto de desvinculación, recurso que ya fue resuelto, aunque de manera desfavorable. Lo anterior implica que no se le vulneró el debido proceso a la tutelante.

## Escrito de impugnación

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Afirmó la señora Osorio Vaca que si bien existía la jurisdicción contencioso administrativa para cuestionar el acto de desvinculación, el proceso duraba mínimo cinco años, motivo por el cual la tutela era procedente como mecanismo transitorio para que no se causara perjuicio irremediable. Agregó que además de que el acto administrativo no le fue notificado, cuando lo conoció a través de la presentación de un derecho de petición éste no mencionaba los recursos que contra él procedían.

## B. Segunda instancia.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, en Fallo del 16 de agosto de 2005, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, concedió la tutela como mecanismo transitorio mientras la jurisdicción contencioso administrativa se pronunciaba de manera definitiva sobre la validez del acto de desvinculación. Esto sin perjuicio de que el cargo que estaba ejerciendo la actora fuera ocupado de manera definitiva una vez adelantado el concurso de méritos.

El Juzgado estimó que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no está reducida por el hecho de que se ocupe en provisionalidad. En consecuencia, no se puede desvincular a un funcionario en provisionalidad que ocupa cargo

de carrera como se haría con quien ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa. En el caso en estudio, el Juez encontró que no estaba probada la causa de la desvinculación; al contrario, en la hoja de vida de la actora no consta llamado de atención alguno.

De otra parte, señala que la administración estaba obligada a convocar concurso para proveer en propiedad el cargo en el término de cuatro meses. No obstante, permitió que la actora ocupara en provisionalidad el cargo por un lapso mucho mayor al autorizado por la ley. A pesar de haber permitido que la actora permaneciera en ese cargo, la Administración no puede alegar su propio incumplimiento como justa causa para desvincular a la actora.

#### Solicitud de aclaración del fallo de segunda instancia

Mediante escrito presentado el 19 de agosto de 2005, la Alcaldía Mayor de Tunja indicó que la competente para conocer de la validez del acto administrativo de desvinculación era la jurisdicción contencioso administrativa. Que mientras esta jurisdicción no se pronunciara se presumía la legalidad de dicho acto. Afirmó que cuando el juez de tutela ordena el reintegro usurpa competencia.

Además, la desvinculación de la actora era válida en cuanto los funcionarios nombrados en provisionalidad no tienen fuero de inamovilidad y, por tanto, están cubiertos paro la facultad discrecional del ente nominador. Tal posición se sustenta en jurisprudencia del Consejo de Estado. Por último, indica que la actora ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, toda vez que ejercía función de manejo y confianza como es la de pagadora.

Finaliza diciendo que el acto de desvinculación se encuentra vigente pues aún no hay

sentencia del Tribunal Contencioso que lo deje sin efectos.

En consecuencia, afirma que “si lo que ordena el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, es el reintegro de la funcionaria, solicitamos se aclare si el alcance de tal decisión conlleva o no la declaratoria de nulidad del decreto 0148 de 18 de marzo de 2005, o su revocatoria o suspensión, ya que de lo contrario no es jurídicamente viable acatar la decisión por cuanto dicho acto administrativo está en firme, y como tal los efectos jurídicos que produjo la expedición del mismo se encuentran vigentes y se presumen legales.”

#### Providencia que resuelve la solicitud de aclaración

Mediante Auto del 29 de agosto de 2005, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja señaló que la administración debía reintegrar a la actora hasta que no existiera pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Por tanto, quedan suspendidos los efectos del acto administrativo que declaró la insubstancia. Agregó que tal suspensión pierde validez en caso de que se convoque a concurso. Por último, indicó que a la administración le correspondía expedir los actos administrativos que fueran necesarios para dar cumplimiento al fallo, so pena de hacerse acreedor de sanción por desacato.

En consecuencia, el Juzgado resolvió adicionar el fallo “en el sentido de tutelar como mecanismo transitorio los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso vulnerados [a la actora], como consecuencia de lo anterior, ordenar la suspensión de los efectos del Decreto 0148 del 18 de marzo de 2005, la jurisdicción (sic) contencioso administrativa se pronuncia sobre la legalidad del acto administrativo o se provea el cargo por concurso de méritos.”

## I. PRUEBAS

1. Resolución número 3540 del 21 de octubre de 1999, mediante la cual se nombra en provisionalidad a la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca como Auxiliar Administrativo Grado 9 en el Colegio José Joaquín Castro de Tunja.
2. Escrito del 16 de mayo de 2005 mediante el cual la Alcaldía de Tunja notifica a la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca de la Resolución No 0908 del 13 de mayo de 2004 en la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la actora contra el Decreto 0148 del 18 de marzo de 2005 (no se especifica el contenido de ninguna de las decisiones relacionadas).

En sede de revisión, fueron recibidas las siguientes pruebas del cumplimiento de la Sentencia del Juez de Segunda Instancia:

1. Decreto 0268 del 22 de septiembre de 2005, mediante el cual se vincula a la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca al cargo de Auxiliar Administrativo Grado 11, "dando cumplimiento al fallo proferido dentro de la acción de tutela No 20050284."
2. Acta de posesión del 6 de octubre de 2005 mediante la cual la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca se vincula al cargo de Auxiliar Administrativo Grado 11 de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja. Tal nombramiento se hace en provisionalidad dando cumplimiento al fallo de tutela.

Igualmente, en sede de revisión, la actora allegó las siguientes pruebas:

1. Certificado de ingresos salariales de la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca según el cual recibe mensualmente quinientos sesenta y tres mil trescientos setenta y siete pesos (\$563.377).
2. Prueba positiva de embarazo de octubre 27 de 2005 de la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca.

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

##### A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

##### 1. Problema jurídico

En primer lugar, la Sala deberá determinar si existiendo otro mecanismo procesal es procedente la tutela por poderse presentar en este caso un perjuicio irremediable con la desvinculación desmotivada. En caso afirmativo, se deberá establecer si la desvinculación no motivada de la actora constituye una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y mínimo vital de ésta.

## 2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para analizar la validez de una resolución de desvinculación de personal de carrera nombrado en provisionalidad

2.1. Si bien la Corte ha estimado que la tutela es improcedente existiendo un mecanismo de protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital en caso de desvinculación sin motivación de un funcionario nombrado en provisionalidad, también ha dejado claro que la tutela procede cuando se evidencia un perjuicio irremediable.

Claro ejemplo de lo anterior es la Sentencia T-1011/03 en la cual se analizó el caso de un funcionario de la Fiscalía que estaba nombrado en provisionalidad y fue desvinculado mediante acto administrativo sin motivación. La Corte encontró que la tutela no era procedente pues a pesar de que el actor había quedado sin empleo, su cónyuge sí se encontraba laborando y recibía un salario que para la Sala de Revisión era suficiente para que no se configurara un perjuicio irremediable. Sin embargo, en el mismo fallo se indicó de manera clara que: ““Así, el nominador deberá tener en cuenta las condiciones de vida del funcionario que será removido, en particular cuando no será reemplazado por quien ha ganado el concurso, sino por otro empleado en provisionalidad, ya que, eventualmente, se podrá causar agravio a los derechos fundamentales de la persona desvinculada, por ejemplo cuando se trata de madres cabeza de familia carentes de otra fuente de ingresos que no sea su salario, como también de madres solteras de las cuales depende el sustento económico de hijos menores de edad, más aún cuando no disponen de vivienda propia y con su salario pagan el canon del arrendamiento correspondiente.

En eventos como estos, la Corte Constitucional ha concedido el amparo como mecanismo transitorio, al determinar que si bien es cierto la jurisdicción especializada decidirá definitivamente sobre el fondo del asunto, también lo es que las personas arbitrariamente desvinculadas de la función pública cuando ejercen cargos en provisionalidad, merecen el respeto propio de todo ser humano y el reconocimiento de condiciones dignas de vida, tanto para ellas como para quienes integran su núcleo familiar, más aún cuando hay menores que dependen afectiva y materialmente de la persona *inconstitucionalmente desvinculada de su empleo.*" (subrayas ajenas al texto)

Para soportar su afirmación, la Sala trajo a colación las sentencias T-800/98 y T-884/02 en las cuales exfuncionarias de la Fiscalía, nombradas en provisionalidad, habían sido desvinculadas de la entidad sin motivación. En el primer caso se trataba de la desvinculación laboral de una madre soltera que no tenía casa propia; en el segundo, de una madre cabeza de familia, con dos hijos, y sin vivienda propia. En los dos casos se concedió la tutela.<sup>1</sup>

En el mismo sentido, la Sala Sexta de Revisión, en la Sentencia T-951/04 encontró que la tutela era procedente para proteger los derechos fundamentales de una exfuncionaria de la Gobernación del Huila – desvinculada sin motivación aduciendo que su nombramiento era en provisionalidad-. La Sala otorgó la protección, en razón a su calidad madre cabeza de familia cuya hija se encontraba próxima a la realización de una operación. Recientemente, en la Sentencia T-1159/05, la misma Sala de Revisión concedió la tutela a una madre cabeza de familia que había sido desvinculada sin motivación de su cargo en la Fiscalía y, como consecuencia de esto, estaba sufriendo serias afectaciones mentales y no pudiendo atender las necesidades de sus hijos.<sup>2</sup>

De otra parte, en la Sentencia T-161/05 la Corte encontró improcedente la tutela para ordenar el reintegro de un trabajador de la Fiscalía que había sido desvinculado sin motivación, a pesar de ocupar cargo en provisionalidad, pues el mero hecho de quedar sin empleo no generaba un perjuicio irremediable<sup>3</sup>.

2.2. Para recordar los requisitos establecidos para la configuración de un perjuicio irremediable, es pertinente traer a colación la Sentencia T-225/93. En ésta se expuso:

"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 conjeta 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 señalan 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”.

2.3. La señora Sulma Eugenia Osorio Vaca, actora de la presente tutela, se encuentra en una situación tal que permite la procedencia de la tutela. En efecto, la inminencia, urgencia y gravedad del caso que llevan a la existencia de un perjuicio irremediable se sustentan en el hecho de que: a) a través de escrito allegado a la Corte Constitucional la actora probó que se encuentra en estado de embarazo; tal estado la pone en una condición de vulnerabilidad mayor que la del resto de la población. Además, b) la señora Osorio gana un salario cercano

al sueldo mínimo; en efecto, por medio de escrito allegado por la actora a esta Corporación se probó que el monto devengado mensualmente es de quinientos sesenta y tres mil trescientos setenta y siete pesos (\$563.377). Al dejar de recibir tal ingreso la Sala presume la afectación actual del mínimo vital.<sup>4</sup>

Determinada la procedencia de la tutela, la Sala entrará a analizar si se presentó una vulneración al debido proceso administrativo y al mínimo vital de la demandante.

### 3. Necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de personal nombrado en provisionalidad

Esta Corporación ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación.

Paralelamente, se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental.

Finalmente se ha indicado que tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrado en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

Un recuento pleno de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de protección al debido proceso administrativo en el asunto bajo estudio fue realizado por la Sentencia T-951/04, arriba relacionada, en la cual después de determinada la procedencia de la tutela, la Sala evidenció que sí se había presentado una vulneración por la carencia total de motivación del acto de desvinculación de la funcionaria en provisionalidad<sup>5</sup>. Dijo la Corporación:

“El primer acercamiento se hizo en la Sentencia SU-250 de 1998. En esta providencia la Sala Plena de la Corte analizó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de un notario que venía ocupando el cargo en interinidad y había sido desvinculado del mismo sin motivación alguna. La Corte Constitucional, luego de hacer un análisis jurídico de la figura de la motivación en el derecho administrativo, sentó un primer precedente en la materia al indicar que, cuando un notario ocupa un cargo en interinidad, en puestos que son de carrera, el acto de desvinculación debe ser motivado, pues sólo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación.

(...)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

[Además], la Corte distinguió entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo.

(...)

Más tarde, en la Sentencia T-800 de 1998, la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte abordó de fondo el problema que ahora se plantea, al revisar la vulneración de los derechos fundamentales de una mujer que venía ocupando en provisionalidad un cargo de Auxiliar de Enfermería en un hospital del Valle y que fue desvinculada sin motivación alguna por el ente nominador.

De manera enfática, la Sala determinó 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; 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.<sup>6</sup>”.

(...)

En la Sentencia C-734 de 2000 la Sala Plena de la Corte acogió las consideraciones vertidas en la SU-250 de 1998 a propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 19687. Allí advirtió nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe.

Esta posición fue ratificada en la Sentencia T-884 de 2002, cuando la Sala Novena de Revisión de tutelas 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.

Al conceder la acción de tutela, la Corte resaltó que la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable

(...)

Con posterioridad, en la Sentencia T-610 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de tutelas de la Corte concedió la protección constitucional a la empleada del Hospital departamental de Nariño, quien había sido desvinculada de un cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. La Corte determinó 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>8</sup>.

En el contexto anterior, la Corte reiteró la posición según la cual los actos de remoción de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación –dado el carácter personalísimo del cargo–, pero que los de carrera sí lo requieren, incluso cuando están siendo ocupados por funcionarios en interinidad o provisionalidad. (...)

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción.

(Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Similar decisión adoptó la Sala Novena de Revisión de tutelas al dictar la Sentencia T-752 de 2003. La peticionaria, una empleada del Club Militar de Oficiales de Bogotá, había sido desvinculada sin motivación alguna del cargo que venía ocupando en dicho club. La autoridad nominadora sostenía que el cargo no era de carrera sino de libre nombramiento y remoción. Tras establecer que el cargo que la peticionaria ejercía sí era de carrera, pero que lo venía ocupando en provisionalidad, la Corte reiteró la posición ya decantada por la jurisprudencia en relación con la necesidad de motivación del acto de desvinculación. (...)

Nuevamente, en Sentencia T-1011 de 2003, la Sala Séptima de Revisión de tutelas estudió el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que, aunque reconocía estar ocupando un cargo en provisionalidad, alegaba que el mismo era de carrera y que, por ello, gozaba de cierta estabilidad que consistía en que su desvinculación no podía ser decretada sin motivación alguna. Aunque la tutela fue denegada en aquella oportunidad porque el demandante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte reconoció que “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen”<sup>9</sup>.

Ahora bien, el aporte relevante de esta Sentencia es el énfasis que se hace en el respeto por el derecho de los trabajadores a no ser desvinculados sino por motivos realmente vinculados con el interés público, y la proscripción de la arbitrariedad que en muchos casos se suscita cuando para reemplazarlos se nombra personal en provisionalidad, sin justificación alguna.

(...)

Finalmente, en la sentencia (...) T-597 de 2004, la Corte protegió el derecho de una funcionaria de la CAR cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, en un cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad. En el caso particular, la Sala se preguntó si violaba “los derechos fundamentales de una madre cabeza de familia” el que la entidad nominadora “declare la insubsistencia de su nombramiento en el cargo (...) al cual accedió sin haber participado en un concurso de méritos.”(Sentencia T-951 de 2004)

Por último, en la Sentencia T-1206/04, la Sala Primera de Revisión concedió la tutela a una Fiscal Delegada ante Juzgados Municipales, que fue desvinculada por resolución no motivada, pese a estar ocupando un cargo de carrera, aunque en provisionalidad.

En conclusión, 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.

#### 4. Improcedencia general para ordenar el reintegro inmediato al cargo

4.1. Como regla general, no procede ni el cuestionamiento de la validez de un acto administrativo de vinculación ni el reintegro a través de tutela de una persona desvinculada de la administración. Así se indicó en la Sentencia SU-544/01 en la cual la Corte manifestó:

"La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto"

El fundamento de dicha posición radica en la necesidad de mantener en orden las competencias jurisdiccionales y de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario<sup>10</sup>

Además de que la tutela no es, en términos generales, el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo. En la Sentencia SU-250 de 1998 se sostuvo que "la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo"<sup>11</sup>. La misma tesis fue objeto de reiteración en la Sentencia T-756 de 1998, en donde se señaló que la acción procedente para obtener el reintegro del servidor del Estado es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.2. Sin embargo, en el último fallo citado, la Corte Constitucional admitió que sólo por excepción procedería la tutela como mecanismo transitorio, si se comprobaba la existencia de un perjuicio irremediable. Dijo la Corte:

"Para reclamar reintegro, existe otro procedimiento, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable"

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En conclusión, es dable admitir que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público desvinculado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente precavido.

Para evitar la ocurrencia del perjuicio, la Corte ha tomado dos tipos de medida: (i) la orden de reintegro como medida transitoria y (ii) la orden de motivación del acto administrativo de desvinculación, de acuerdo a derecho, que, de no ser expresada, implica la inmediata revinculación del funcionario separado de su cargo.

(i) Como ejemplo de la primera forma de protección, en la Sentencia T-800/98, en la cual la funcionaria había sido desvinculada por el hecho de que una persona no podía estar en provisionalidad por más de cuatro meses<sup>12</sup> se ordenó el reintegro hasta que a través de concurso se proveyera la vacante.

Igualmente, en el fallo T-884/02 se ordenó el reintegro, hasta que la jurisdicción contencioso administrativa decidiera sobre el asunto, puesto que encontró que "Mutatis mutandis, los criterios de la Corte expuestos en la sentencia en cita, resultan perfectamente aplicables al caso de la aquí accionante CLARA AURORA MAYA GÓMEZ, puesto que: (i) ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad desde el 31 de enero de 2000<sup>13</sup>; (ii) dada la forma en que se realizó la provisión del empleo de carrera (provisionalidad), en nombramiento no podía

exceder de seis meses y la entidad estaba obligada a proveer el cargo mediante proceso de selección (artículo 77 del Decreto 1155 de 1999), y ello, por razones ajenas a la accionante, no se hizo y aún no se ha hecho; y (iii) a la actora no se le adelantó proceso disciplinario alguno que sirviera de apoyo para declarar insubsistente su nombramiento<sup>14</sup>."

Posteriormente, en la Sentencia T-752/03, la Corte ordenó el reintegro de una madre cabeza de familia que había sido desvinculada de su labor como empleada del Club Militar de Oficiales, puesto que tal desvinculación se había dado sin motivación expresa en el acto administrativo y, por la particular situación económica de la actora, el desvincularla afectaba su mínimo vital. La tutela fue concedida como mecanismo transitorio hasta tanto la jurisdicción ordinaria decidiera sobre la validez de la desvinculación.

(ii) De otra parte, siendo el principal defecto de la actuación de la administración el no haber motivado el acto de desvinculación, y teniendo en cuenta que la administración pudo tener razones para la desvinculación, así no las haya expresado, tanto en las sentencia T-597/04, como en la T-951/04, la T-1240/04 y la T-1159/05 se ha ordenado exponer la motivación suficiente en derecho que sea pertinente y, en caso de que la administración no tenga razón alguna para motivar el acto, proceder al reintegro inmediato.

Como se observa, a través de los dos tipos de parte resolutiva se protege el debido proceso y el mínimo vital. Sin embargo, en procura de armonización de los derechos del accionante y las razones de la administración, se le permite a ésta que exprese la causa efectiva del despido, siempre y cuando ésta no sea, de nuevo, el señalar que la desvinculación de los cargos de carrera en provisionalidad no implican motivación.

Del caso concreto

La Sala Sexta de Revisión de tutelas concederá la tutela al debido proceso y al mínimo vital a la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca por considerar que la Alcaldía Mayor de Tunja omitió, de manera ilegítima, la motivación del acto de desvinculación de la tutelante y que, como ya se analizó en el numeral 2.3., de no concederse la tutela como mecanismo transitorio se generaría un perjuicio irremediable.

En efecto, como la misma Alcaldía lo reconoce en la contestación de la tutela la desvinculación de la señora Osorio se dio sin expresar motivo alguno, toda vez que, equivocadamente, estimó la entidad que por estar nombrada en provisionalidad, la actora podía ser desvinculada discrecionalmente.

El caso de la referencia presenta dos particularidades, a saber, el hecho de que la actora, en virtud de la orden del juez de segunda instancia, ya se encuentra vinculada a la administración<sup>15</sup> y el actual estado de embarazo de la señora Osorio Vaca -situación que si bien no se presentaba al momento de la desvinculación, debe ser debidamente valorada por la Sala de Revisión-.

Frente a tales particularidades, la Sala estima que -a diferencia de los recientes fallos de la Corporación en los cuales, frente a la prueba de la existencia de un perjuicio irremediable, lo ordenado ha sido que se profiera un nuevo acto administrativo expresando la motivación para la desvinculación, de tenerse, y de no exponerse razón se desvincule al funcionario- la solución que más consulta la protección de los derechos de la accionante es dejar en firme la sentencia del juez de segunda instancia.

La Sala observa que si se permitiese a la Administración que en el actual estado de la actora procediera a desvincularla mientras profiere el nuevo acto administrativo teniendo en cuenta las consideraciones de la presente Sentencia se estarían generando graves perjuicios a una mujer en estado de embarazo. En efecto, a manera de ejemplo, se generaría una

discontinuidad en el pago de aportes a la seguridad social lo cual derivaría en una futura negativa del pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS. Además, se la dejaría desprotegida en materia de atención a la salud en su periodo de gestación.

Ahora bien, lo anterior no implica que la demandante no pueda ser desvinculada cuando se presente una causal que, sin violación al fuero de maternidad y sin desconocer el deber de motivación del acto de desvinculación, permita a la administración tomar tal decisión.

Por otra parte, como la confirmación de la decisión del juez de instancia será integral, la tutela permanecerá como mecanismo transitorio de protección hasta que la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie de manera definitiva y la carga de la demandante de iniciar el proceso contencioso, en caso de que aún no lo haya hecho, seguirá en firme.

## V. DECISIÓN

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RESUELVE

ÚNICO : CONFIRMAR el Fallo del Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, proferido el 16 de agosto de 2005, y su auto aclaratorio del 29 de agosto de 2005, y, en consecuencia,

conceder la tutela a la señora Sulma Eugenia Osorio Vaca.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En las dos ocasiones se ordenó la revinculación de las funcionarias, como medida transitoria de protección.

2 En tal ocasión se ordenó a la Fiscalía expedir un nuevo acto administrativo en el cual manifestara los motivos que tuvo para desvincular a la actora y, de no expresar motivación, revincularla a sus labores. Igualmente se le advirtió a la actora que debería iniciar el proceso contencioso administrativo en el término de cuatro meses.

3 Sin embargo, sí se encontró que se había desconocido el debido proceso por la falta de motivación y, por tanto, se ordenó expedir una resolución motivada. Igualmente sucedió en la sentencia T-610/03 en la cual se ordenó motivar la resolución de desvinculación y en la T-1206/04 con igual orden.

4 Sentencia T-795 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “(L)a Corte ha establecido una presunción de afectación del mínimo vital cuando la suspensión en el pago del salario es prolongada o indefinida, salvo que se trate del incumplimiento de hasta dos salarios mínimos mensuales” (subrayas fuera de texto). Tal providencia fue reiterada por la Sentencia T-506/05, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-468/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

5 En esta ocasión, la Corte ordenó expedir el acto administrativo indicando las motivaciones, ajustadas a derecho, en virtud de las cuales se determinó la desvinculación. Y añadió la Corporación que en caso de no presentarse motivos ajustados a derecho en la motivación de la desvinculación se debería proceder al reintegro de la afectada. La Corte no ordenó la revinculación, pues en el expediente no constaba prueba suficiente para determinar si la desvinculación sí había tenido motivos suficientes o se había debido al mero capricho de la administración.

6 Cfr. Sentencia T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

7 "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."

8 Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

9 Sentencia T-1011 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

10 Ver Sentencia T-575 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

12 Situación que se había prolongado por dos años sin que la administración hubiese tomado medidas hasta que en virtud de un cambio de administración se decidió desvincularla.

13 Copia del acta de posesión obra a folio 12 del cuaderno de primera instancia.

14 La documentación aportada al expediente tanto por la accionante como por Fiscalía General de la Nación, permite verificar que en la hoja de vida de la señora Maya Gómez existen varios llamados de atención y que se le adelantó un proceso disciplinario en el que se dictó fallo de primera instancia el 18 de abril de 20002, es decir, con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia. La peticionaria allegó a la Corte copia del fallo de segunda instancia, calendado el 25 de julio de 2002, mediante el cual el Fiscal General de la Nación, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Maya, modificó la sanción de multa que se le impuso por la primera instancia y, en su lugar, le impuso "amonestación escrita." (folios 88 y ss. Cuaderno del Tribunal).

15 Vinculación que no afectó derechos de terceros puesto que, como lo afirmó la actora y no controvirtió la administración, no se había vinculado a nadie por concurso en el cargo de Auxiliar Administrativo.