

T-085-15

Sentencia T-085/15

SENTENCIA DE REEMPLAZO O SUSTITUCION-Se declaró la nulidad parcial de la sentencia T-961/11 por desconocer precedente fijado en SU917-10 respecto a la fecha a partir de la cual se debían cancelar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, por declaratoria de insubsistencia sin motivación

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Cuando haya lugar a reintegro, solo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Procede declaratoria de nulidad de los actos de insubsistencia, orden de reintegro a los cargos ocupados y a título indemnizatorio la suma no deberá ser inferior a seis meses ni superior a veinticuatro meses de salario

Referencia: expediente T-2.706.372

Demandante: Mariella Santos Vega

Demandados: Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida en segunda instancia, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el seis (6) de mayo de dos mil diez (2010), que confirmó la sentencia dictada en primera instancia, por la Sección Quinta de la mencionada corporación, el veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010), dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009), la señora Mariella Santos Vega impetró, mediante apoderado, acción de tutela en contra del Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por haber proferido las sentencias de 27 de noviembre de 2008 y de 6 de agosto de 2009, notificada por edicto desfijado el 20 de agosto de ese año, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por ella en contra de la Nación, Fiscalía General de la Nación.

2. Reseña fáctica

La peticionaria manifiesta que la acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

2.1. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó declarar la nulidad de la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM, que le fue comunicada personalmente el 28 de abril de 2005.

2.2. Pidió que, como consecuencia de la anterior declaración se le ordenara a la Fiscalía General de la Nación reintegrarla a un cargo de igual o superior jerarquía a aquél cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, condenar a la Fiscalía al pago de todos los emolumentos dejados de percibir, consistentes en salarios, primas, cesantías, intereses de

cesantías y, en general, todas las prestaciones sociales que fueran consecuencia del salario o factor del mismo, debidamente indexados, así como dar a la sentencia proferida el cumplimiento establecido por los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, al igual que los parámetros consignados en la Sentencia C-188 de 1999, proferida por la Corte Constitucional y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.3. Sostiene que, tanto en la demanda, como en su adición, se afirmó y demostró que estuvo vinculada a la Fiscalía General de la Nación mediante nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, como fiscal delegada ante los jueces penales del circuito especializados y adscrita a la Unidad Nacional de Antinarcóticos e interdicción Marítima, UNAIM.

2.4. Agrega haber alegado que por estar nombrada en provisionalidad, en un cargo de carrera administrativa, no podía ser desvinculada sin que se motivara el acto administrativo, en aras de garantizar el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de publicidad, pues la falta de motivación contradice el precedente constitucional reiterado desde 1993 en jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.5. A continuación transcribe la Resolución carente de motivación, cuyo tenor, de conformidad con esa transcripción es el siguiente:

“RESOLUCIÓN No. 0-1592

22 ABR. 2005

Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

En uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar insubsistente el nombramiento de MARIELLA SANTOS VEGA,

con cédula de ciudadanía 41.485.780 del cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES ESPECIALIZADOS, de la Unidad Nacional Antinarcóticos e interdicción marítima.

(...)”

2.6. Manifiesta que también se expuso como causal de nulidad la desviación de poder, por parte del nominador, pues la causa de su desvinculación fue “los sentimientos de animadversión de la inmediata superior” hacia ella, aspecto corroborado mediante oficio en el cual le imputó “una serie de irregularidades, que ésta desvirtuó dentro del proceso contencioso, con documentos públicos signados por los mismos funcionarios a quienes la superiora citó como fuente de información, que no fueron tenidos en cuenta, ni estudiados ni analizados por ninguna de las dos instancias”.

2.7. De la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la accionante contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM, conoció, en primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia proferida el 27 de noviembre de 2008 negó las pretensiones de la demanda, lo anterior, al considerar que el Fiscal General de la Nación fue revestido por la ley con la facultad discrecional para determinar libremente el retiro de los empleados que no se encuentren escalafonados en el sistema de carrera, ya sea por haber ingresado mediante un nombramiento provisional o mediante un nombramiento de libre remoción.

Así mismo, el a quo en su providencia reafirmó la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la procedencia del retiro discrecional sin motivación expresa, en cualquier momento, de un empleado vinculado provisionalmente, teniendo en cuenta que a estos no les asiste ningún fuero de estabilidad, que obligue a la administración a mantener su vinculación hasta tanto se provea el cargo mediante concurso de méritos o el empleado sea objeto de una sanción disciplinaria.

Inconforme con la anterior decisión, en tanto que en su criterio la sentencia se apartó del precedente constitucional que señala el deber del nominador de motivar el acto de desvinculación de los servidores públicos que ocupen un cargo de carrera en

provisionalidad, la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el fin de que dicha providencia fuera revocada, y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

2.8. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al resolver la impugnación, en sentencia de 6 de agosto de 2009, decidió confirmar íntegramente el pronunciamiento del a quo, al determinar “que la decisión de retiro no está viciada de nulidad por el hecho de que no se haya señalado en el mismo, las razones de su retiro, pues como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, no existe norma legal que exija tal ritualidad en tratándose del retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, lo que no significa que el acto no tenga motivos”.

Así mismo, dicho Tribunal adujo que cuando la administración ejerce la facultad discrecional para separar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad se supone que se debe a motivos de mejoramiento del servicio, presunción que, por tener el carácter legal, admite prueba en contrario, siempre que ésta tenga la capacidad y vigencia suficiente para demostrar que con el acto de retiro se persiguió una finalidad diversa.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

Después de exponer los hechos, en la demanda se alude a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales; se dedica un apartado a la “vía de hecho” y, a continuación, se presentan “los aspectos sobre los que recae la acción de tutela”.

La demandante estima que las sentencias cuestionadas violan el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución, porque se negaron a reconocer que la resolución por la cual fue desvinculada “ha debido ser motivada, esto es, contener las causas que justificaban la separación de su cargo, por cuanto nombrada en provisionalidad ejercía un cargo de carrera administrativa”.

También estima que se presenta una violación del derecho de defensa, ya que las sentencias se niegan a aceptar que al no motivarse el acto de desvinculación se ubica a la actora en una situación de total indefensión, “dejándola sin posibilidad alguna para ejercer su derecho de defensa”, así como del derecho a la igualdad, porque la falta de motivación constituye discriminación, “habida cuenta de que existen múltiples providencias en las

cuales los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y de otras instituciones han recibido protección a sus derechos, al recibir el nominador la orden judicial perentoria de motivar el acto administrativo de su desvinculación y/o de su reintegro y derechos inherentes”.

Con fundamento en lo anterior añade que ha habido desconocimiento del precedente constitucional y omisión de las razones del disenso y que el Juzgado y el Tribunal demandados han incurrido en vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial, sentado por la Corte Constitucional y según el cual “los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no pueden ser retirados del cargo sin que se motive el acto de desvinculación, por cuanto de no motivarse éste, se violan los derechos fundamentales del debido proceso, derecho de defensa y publicidad”, precedente contenido en varias sentencias de las cuales hace citas.

Sostiene que los despachos demandados incurrieron en vía de hecho, ante la negativa de aceptar el desvío de poder con que fue dictada la resolución acusada, estando éste demostrado por ser “protuberante el hecho determinante del mismo”, ya que, de una parte, se reconoce que los cargos formulados contra la actora fueron desvirtuados por los oficios emanados de los funcionarios señalados por la jefe de la UNAIM, como fuente de información, “simultáneamente se niegan a declarar probado, como lo imponía el deber procesal la animadversión de la superiora jerárquica, ejercida contra la accionante” y también se niegan “a aceptar que la actuación de aquella fue el motivo de la desvinculación del servicio, dado el hecho de que haciendo gala de su cercanía a las directivas de la institución, según sus propias palabras, informó a éstas las supuestas irregularidades, tal como se aprecia en la manifestación que ella hiciera en su comunicación 1400 - UNAIM”.

Estima que las providencias atacadas incurren en vía de hecho por defecto fáctico, por indebida valoración de las pruebas y por valoración arbitraria del oficio 1400- C-UNAIM y de los oficios de los diferentes funcionarios “que desvirtuaron las falsas aseveraciones de aquél” y agrega que “de haber sido valorados correctamente los documentos citados, la decisión hubiera sido la declaratoria de nulidad por desviación de poder”.

A su juicio, el defecto fáctico también se configura “al desconocer la animadversión de la jefe de la UNAIM contra la actora y la relación causa efecto entre la información falsa, fruto

de sus sentimientos, y la resolución de insubsistencia” y, además, por ser valorados arbitrariamente, tanto el oficio 1400 C-UNAIM, como los oficios que desvirtuaron las acusaciones en él contenidas, “porque no obstante estar plenamente probada la inconsistencia de éstas, ex post facto a la desvinculación del servicio”, los despachos demandados “se negaron a considerarlas como persecución laboral o animadversión por parte de la jefe de la UNAIM, como también su injerencia directa en la expedición de la resolución de insubsistencia”.

Asevera que la arbitrariedad en la valoración de la prueba condujo a ignorar “el nexo causal entre la información falsa ante las directivas institucionales por parte de la jefe de la UNAIM y la resolución de desvinculación de la accionante” e insiste en que la correcta valoración de las pruebas, necesariamente habría llevado a declarar la nulidad por desviación de poder.

Acto seguido señala que ante la declaración de insubsistencia, se dirigió al Director Nacional de Fiscalías, solicitándole información acerca de su desempeño y que en la comunicación 1400 C- UNAIM la Jefe de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima formuló diferentes acusaciones y señaló como fuente de información “las quejas que supuestamente habían sido elevadas ante ellas por funcionarios de la Unidad a la que estaba adscrita”.

Añade que se dirigió a los funcionarios citados, mediante sendos derechos de petición, quienes “en su totalidad los negaron, desvirtuando cada una de las afirmaciones de la precitada funcionaria” y que a pesar de haber sido reconocido en la sentencia de segunda instancia que el oficio citado contenía varios cargos contra la actora y que éstos fueron desvirtuados por los funcionarios señalados como fuente de la información, “la misma sentencia se niega a declarar probada la evidente animadversión existente contra la accionante al igual que ser esta animadversión la causa de las falsas imputaciones elevadas ante las directivas que determinaron la desvinculación”.

Afirma que existe vía de hecho por defecto fáctico, ya que la valoración de las pruebas fue indebida y, particularmente, en lo que tiene que ver con el oficio 1400 C-UNAIM y los oficios de los diferentes funcionarios que demostraron la falsedad de las aseveraciones contenidas en aquél, lo cual se tradujo en desconocimiento del nexo causal entre el acoso laboral y la

decisión del nominador en la separación del cargo.

Señala que de haber valorado en forma integral los oficios que desvirtuaron las acusaciones y a su vez la información a las directivas de los falsos cargos, las conclusiones serían diferentes, pues se demostró la falsedad de la información puesta en conocimiento del Vicefiscal General de la Nación y, pese a ello, la actora quedó descalificada, al punto que la reacción de las directivas fue la resolución de insubsistencia que se produjo 15 días después del 3 de abril, fecha para la cual se afirmó que la demandante “se había negado en tres ocasiones a asistir al turno”.

Considera que se configuró error de hecho “por no valorar la demostración de ser falsa la información que en contra de la accionante fuera trasladada por la jefe de UNAIME a las directivas institucionales” y que, adicionalmente, se configura una vía de hecho por indebida apreciación de las pruebas, pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “al avalar acusaciones abstractas dirigidas al futuro”, avaló “un cargo futuro y abstracto que nunca sucedió”, pues habiendo aceptado que los oficios obrantes en el proceso demostraron la inconsistencia de las irregularidades, tomó partido en contra de la actora y aceptó como cierto “un cargo abstracto, formulado a futuro por la Jefe de la UNAIME a más no poder, vulnerando con ello de plano el derecho de defensa y el debido proceso”.

El Tribunal, entonces, “negándose a aceptar la demostración del acoso laboral”, concluyó que “el motivo de la desvinculación laboral fue el ejercicio de la facultad discrecional del nominador y no las quejas contenidas en el Oficio 1400 C-UNAIME” y “simultáneamente reconoce en forma tácita que su contenido fue la causa de la insubsistencia”, al afirmar que “la actora no desvirtúa la perturbación del servicio que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante”, refiriéndose al cargo abstracto de que posiblemente la Dra. Santos Vega no asistiría a su turno del 3 de abril, con lo cual “da por hecho la perturbación del servicio que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante”, pese a que “la actora sí asistió al turno de ese 3 de abril”.

El Tribunal demandado consideró que la prueba aducida solo demuestra la asistencia de la demandante en esa fecha, pero no desvirtúa la perturbación del servicio “que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante como se indicó en el oficio demandado” y la accionante considera que esta afirmación surge “sin sustentación válida”

pues si el Tribunal afirma que las quejas de la Jefe de la UNAIM no fueron el motivo de la insubsistencia, no se explica por qué “le dio credibilidad per se, sin ser procesalmente posible, al cargo de la posible inasistencia de la actora a su lugar de trabajo en esa fecha y que como se observa es una censura a futuro de una eventual o hipotética perturbación del servicio, que nunca se presentó”.

A juicio de la demandante, esta última circunstancia genera una vía de hecho por errónea y arbitraria apreciación de pruebas, pues si el fallador sostiene que “no encontró irregularidades en la conducta de la accionante”, mal podía aceptar “eventuales perturbaciones del servicio, referidas al futuro y en abstracto y de las cuales no pudo predicar que acaecieron como tampoco concretar en qué hubieran consistido de haberse presentado”, a más de lo cual se negó a aceptar la animadversión de la jefe que sí estaba probada y que la llevó a comunicar a las directivas institucionales esa eventual perturbación futura, a sabiendas de que nunca iba a ocurrir.

Con fundamento en lo anterior, la demandante solicita:

“PRIMERO.- Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de defensa, acceso a la justicia y derecho a la igualdad, de la doctora MARIELLA SANTOS VEGA, COMO DEMANDANTE DENTRO DEL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de MARIELLA SANTOS VEGA contra la Nación – Fiscalía General de la Nación – Expediente No. 2005-0788502, cuyas primera y segunda instancia se tramitaron ante el Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de que se restablezcan los derechos fundamentales señalados, vulnerados con las sentencias proferidas”.

“SEGUNDO.- Como consecuencia, dejar sin valor y sin efectos las providencias proferidas por el Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, ordenar dictar sentencia conforme a las pruebas obrantes en el plenario, respetando el debido proceso, derecho de defensa e igualdad”.

4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue conocida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, corporación que, en auto de dieciocho (18) de enero de dos

mil diez (2010), resolvió admitirla y correr traslado al Juzgado Primero Administrativo de Bogotá y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

Así mismo, el Alto Tribunal ordenó poner en conocimiento del Fiscal General de la Nación la acción de amparo de la referencia, para que, si lo consideraba necesario interviniera en la actuación.

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, guardó silencio frente a los requerimientos hechos por la Corporación.

4.1. Fiscalía General de la Nación

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, en nombre de la entidad se opuso a las pretensiones de la demandante y al efecto expuso que la procedencia de la acción de tutela es excepcional y que, según jurisprudencia del Consejo de Estado “la simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa”, motivo por el cual, quien sea designado en provisionalidad “no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio”, aunque la Corte Constitucional mantiene una posición contraria.

Señala que es bueno recordar que “la Corte Constitucional, en pronunciamientos reiterados, ha establecido cómo las diferentes tendencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que este tiene y que la misma Constitución Política consagra”, posición que “en este caso concreto tiene más vigencia que nunca, pues el demandante pretende imponer su particular criterio hermenéutico sobre hechos comentados en tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez ordinario”, cuya argumentación es clara, concisa y congruente, sin que haya lugar a crear una instancia judicial más, en contra del carácter subsidiario de la acción de tutela.

4.2. Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera

La juez a cargo del despacho judicial hizo un recuento de la actuación procesal adelantada,

desde cuando llegó la demanda, “por reparto de descongestión”, hasta la sentencia que, en primera instancia, fue dictada el 27 de noviembre de 2008, tras haberse determinado que aun cuando la actora “se encontraba en un cargo de carrera, dicha ocupación se desarrollaba en provisionalidad”.

Señala que de acuerdo con la Ley 443 de 1998, “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, era “totalmente lícito efectuar nombramientos provisionales como mecanismo para proveer los cargos de carrera que se encontraran vacantes”, mientras se efectuaba el concurso correspondiente.

Añade que la parte demandada probó que “la declaratoria de insubsistencia obedeció efectivamente a criterios de mejoramiento del servicio”, pues pese a que la demandante en tutela probó “trayectoria académica, capacitación y responsabilidad en sus gestiones”, quien la reemplazó “demuestra también alto grado de capacitación y trayectoria, ya que acredita seminarios, postgrados y cartas de felicitación por gestiones realizadas”.

5. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, y que forman parte del expediente correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se cuestiona, son las siguientes:

- Poder especial, amplio y suficiente otorgado a una abogada por la señora Mariella Santos Vega para que, en su nombre y representación, presentara acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda (Folio 1).
- Copia simple de la Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008), proferida, en primera instancia, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución 0-1592 de 22 de abril de 2005, mediante la cual, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima (Folios 18 a 38).

- Copia simple del escrito que contiene la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la accionante, mediante apoderado judicial, ante el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá (Folios 39 a 64).
- Copia simple del escrito que contiene los alegatos de conclusión presentados por el apoderado judicial de la demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado ante el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá (Folios 65 a 71).
- Copia simple del Oficio N° STGR03917 de 22 de abril de 2005, por medio del cual la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación comunica a la Doctora Mariella Santos Vega la Resolución N° 0-1592 (Folio 72).
- Copia simple de la Resolución N° 0-1592 de 22 de abril de 2005, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación declara insubsistente el nombramiento de la señora Mariella Santos Vega del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima (Folio 73).
- Copia simple del Oficio N° 1400 -UNAIM de 23 de agosto de 2005, por medio del cual, la Jefe de la Unidad Nacional de Antinarcóticos y de Interdicción Marítima de la Fiscalía General de la Nación informa el desarrollo de la gestión de la Dra. Mariella Santos Vega en el cargo de Fiscal Especializada adscrita a la referida Unidad y como Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata (Folios 74 a 79).
- Copia simple de los Oficios N° 11.197, 00175, 2057, 748, 7885, 563, 739, mediante los cuales, varias dependencias de la Fiscalía General de la Nación contestan peticiones presentadas por la señora Mariella Santos Vega (Folios 80 a 93).

II. DECISIONES JUDICIALES

1. Primera instancia

Mediante sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010), la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió rechazar “por improcedente” la acción de tutela impetrada.

La Sección estimó que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de los artículos 11,

12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, mediante Sentencia C-543 de 1992 que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y añade que aun cuando, por medio de la Sentencia T- 173 de 1993, la Corte introdujo la posibilidad de ejercer la acción de tutela en contra de providencias judiciales y, con posterioridad, ha elaborado una teoría sobre las causales genéricas de procedencia, el Consejo de Estado “ha sostenido la improcedencia de la acción de tutela respecto de las providencias judiciales, pues ha considerado que su aceptación implica el desconocimiento de los principios de la cosa juzgada, la seguridad jurídica e incluso la independencia de los jueces consagrada en el artículo 228 de la Carta Política, posición que mantiene a pesar del desarrollo jurisprudencial elaborado por la Corte Constitucional en torno al tema”.

2. Impugnación

Durante el término otorgado para el efecto, la apoderada judicial de la señora Mariella Santos Vega, mediante escrito de dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010), impugnó la anterior decisión. Sustentó la alzada manifestando que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido un tema ampliamente debatido por la Corte Constitucional, en cuyas decisiones ha reconocido su carácter excepcional, a partir del cumplimiento de los requisitos generales y especiales establecidos para dicho efecto, dentro de los que se destaca el desconocimiento del precedente, cuando la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.

3. Segunda instancia

Mediante sentencia del seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo impugnado.

Estimó el juez de segunda instancia que la Sección Primera “ha sido partidaria de tramitar las acciones de tutela en primera y segunda instancia cuando en ellas se controviertan providencias judiciales por supuestas vías de hecho”, pero que tal posición fue rectificada por la Sala, de modo que “solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala ha venido

admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados”.

Respecto del caso concreto apuntó que “no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales como las aquí controvertidas, dictadas en procesos en el (sic) que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer los derechos que les asisten, razón por la que se dispondrá negar por improcedente la acción de tutela en la parte resolutive de esta providencia”.

III. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

PRIMERO: SOLICITAR, al Juzgado primero Administrativo de Bogotá que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, remita con destino a esta Sala de Revisión, el expediente completo del proceso de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 250002325000200507885, iniciado por la señora Mariella Santos Vega, contra la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: SUSPENDER los términos del presente proceso hasta tanto la prueba solicitada sea remitida y analizada por esta Sala de Revisión.

2. La Secretaría General de la Corte Constitucional, el 11 de enero de 2011, informó al Magistrado Ponente sobre la recepción de la prueba solicitada.

IV. DECISION PROFERIDA POR LA SALA CUARTA DE REVISION

El 16 de diciembre de 2011, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-961 de 2011 resolvió:

“PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo de tutela de 6 de mayo de 2010, proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó el dictado, el 25 de febrero del mismo año, por la Sección Quinta de esa misma Sala, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la señora Mariella Santos Vega, por las razones expuestas

en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 6 de agosto de 2009, que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, el 27 de noviembre de 2008, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución N°0-1592 de 22 de abril de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora Mariella Santos Vega al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos.

SEXTO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos, a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro, salvo que el cargo haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual no habrá reintegro y la Fiscalía General de la Nación pagará a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos desde el 14 de diciembre de 2009 hasta la fecha en que el cargo se proveyó por concurso de méritos. (..)"

V. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL

El 27 de noviembre de 2012, la señora Mariella Santos Vega, mediante apoderada, presentó en la Secretaría de la Corte Constitucional solicitud de nulidad parcial contra la sentencia T-961 de 2011 proferida por la Sala Cuarta de Revisión, con base en las siguientes razones:

Sostuvo que la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional se apartó del criterio fijado por la Corporación en la Sentencia de Unificación 917 de 2010 respecto del restablecimiento del derecho para las personas que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculadas de sus empleos, mediante el acto de retiro, sin motivación, pues en el caso de la referencia ordenó a la Fiscalía General de la Nación pagar a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos dejados de percibir a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de amparo y no desde el 28 de abril de 2005, fecha de su desvinculación.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación 917 de 2010 señaló:

“La Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes[1] y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.” (Subraya fuera del texto)

En ese orden de ideas, consideró la peticionaria que la Sala Cuarta de Revisión vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la señora Mariella Santos Vega, pues fue objeto de un trato diferente a pesar de que se encontraba en la misma situación que las personas a las cuales les fueron amparados sus derechos en la Sentencia de Unificación 917 de 2010. Así mismo, al cambiar la jurisprudencia señalada por la Sala Plena de la Corporación a través de una providencia de Sala de Revisión sin tener la competencia para hacerlo.

De conformidad con lo expuesto, solicitó a la Sala Plena de la Corporación declarar la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011 respecto de la fecha a partir de la cual se debe reconocer el restablecimiento del derecho, pues no se debe tener en cuenta la fecha

de presentación de la acción de tutela, 14 de diciembre de 2009, sino la fecha de su desvinculación, 28 de abril de 2005 y en consecuencia, se ordene a la Fiscalía General de la Nación que el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir se haga a partir de la referida fecha con la correspondiente actualización monetaria.

VI. TRÁMITE SURTIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

6.1. Mediante oficio No. A-1173/2012, la Secretaría General de la Corte Constitucional solicitó al Consejo de Estado, Sección Primera certificar la fecha en que fue notificada la sentencia T-961 de 2011.

En respuesta a lo anterior, el 4 de diciembre de 2012, la Secretaría General del Consejo de Estado remitió a ésta Corporación copia de los oficios No. 112 a 116 de 21 de noviembre de 2012, por medio de los cuales notificó a las partes de la sentencia T-961 de 2011.

6.2. Mediante Auto de 10 de diciembre de 2012, el Magistrado sustanciador solicitó a la empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. enviar a la corporación la constancia del recibido por parte de las señoras Mariella Santos Vega y Dora Mariño Flórez de los telegramas No. 112 y 113, respectivamente, librados por la Secretaría General del Consejo de Estado.

El 14 de diciembre de 2012, la empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. informó al Magistrado sustanciador que los Telegramas No. 112 y 113 fueron entregados a sus destinatarios, el día 22 de noviembre de 2012.

6.3. El 5 de diciembre de 2012, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación informó al Magistrado Sustanciador que “en la actualidad la vacante se encuentra ocupada en propiedad por un servidor público que supero las etapas del concurso público de méritos del año 2007, motivo por el cual no es posible reintegrar a la tutelante; al respecto una vez la Oficina de Personal de la Entidad nos suministre la información detallada del empleado que en la actualidad ocupa este cargo, procederemos a remitir los antecedentes a su despacho”.

6.4. El 11 de enero de 2013, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación informó al Magistrado Sustanciador la trazabilidad del cargo que ocupaba la señora Mariella

Santos Vega en la entidad.

Sostiene que en el referido cargo fue nombrada en propiedad la señora Bertha Cecilia Neira Díaz, mediante Resolución N.º 0-1423, el 6 de julio de 2010, luego de superar el concurso de méritos y el periodo de prueba.

6.5. El 18 de enero de 2013, la apoderada de la accionante solicitó al magistrado sustanciador expedir fotocopia autenticada de la Sentencia T-961 de 2011, con la constancia de estar ejecutoriada y con la anotación de ser la primera copia que presta mérito ejecutivo.

6.6. El 5 de febrero de 2013, el Magistrado sustanciador ordenó a la Secretaría General de esta Corporación que por su conducto, expida a nombre de la abogada Dora Mariño Flórez, fotocopia autenticada de la Sentencia T-961 de 2011.

VII. DECISION DE LA SALA PLENA DE LA CORPORACIÓN RESPECTO DE LA SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL PRESENTADA POR LA ACCIONANTE CONTRA LA SENTENCIA T-961 de 2011

El cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014), la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, resolvió, mediante Auto 381, la solicitud de nulidad parcial presentada, mediante apoderada judicial, por la señora Mariella Santos Vega, contra la Sentencia T-961 de 2011.

En dicha providencia, se consideró que la Sala Cuarta de Revisión tuvo en cuenta la mayoría de los fundamentos expuestos por la corporación en la Sentencia SU-917 de 2010 para resolver el problema jurídico planteado en el expediente T- 2.706.372, no obstante, se apartó del precedente constitucional respecto a la fecha a partir de la cual se debían cancelar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, pues resolvió que debía ser desde la fecha de presentación de la acción de tutela y no desde el momento de desvinculación del peticionario.

En razón de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011 en relación con la modalidad de indemnización que consagró en el numeral sexto del resuelve y remitió el expediente a la Sala Cuarta de Revisión para

que se pronunciara, nuevamente, al respecto, toda vez, que el tema abordado por el fallo que declaró parcialmente nulo ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Plena en decisiones de unificación.

En consecuencia, procede la Sala Cuarta de Revisión, por autorización expresa de la Sala Plena de la Corporación, a dictar la presente sentencia de reemplazo.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto, en esta oportunidad le corresponde a la Sala de Revisión determinar la modalidad de indemnización que le corresponde a la señora Mariella Santos Vega como consecuencia de la declaratoria de nulidad que profirió esta corporación, mediante sentencia T-961 de 2011, del acto administrativo que la desvinculó, sin motivación, del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, en la Fiscalía General de la Nación.

A efecto de resolver la cuestión planteada, la Sala de Revisión realizará un análisis jurisprudencial sobre los efectos de la declaratoria de nulidad del acto de retiro del servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, como consecuencia de la ausencia de motivación de dicho acto.

2. La Corte Constitucional, recientemente, en sentencia de unificación SU-556 de 2014, reiteró la jurisprudencia en relación con los efectos de la nulidad del acto del retiro del servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, como consecuencia de la ausencia de motivación de dicho acto.

En dicha sentencia sostuvo, de manera invariable, una regla jurisprudencial conforme a la cual, esos servidores tienen una estabilidad laboral relativa y su desvinculación requiere de acto motivado. Esta regla se consagró por el legislador años después de su formulación por la Corte, en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que estableció una competencia reglada para efectuar el retiro de los empleos de carrera, de acuerdo con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, mediante acto motivado. De igual modo, reiteró que cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en

un cargo de carrera sin motivar el acto, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública y se afecta el derecho al debido proceso y la estabilidad laboral relativa del servidor público en provisionalidad.

Señaló que en ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento. En un primer momento, la Corte, por vía de acción de tutela, asumió el conocimiento de este tipo de casos, como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, a partir del carácter subsidiario del amparo constitucional y de la consideración en torno a la existencia en el ordenamiento de otros medios de defensa judicial a los cuales se podía acudir para demandar la protección de los derechos afectados. Conforme con ello, la decisión de protección se limitó a ordenar el reintegro del servidor público al cargo del cual había sido desvinculado hasta tanto el asunto fuera resuelto por la autoridad competente.

Posteriormente, frente al mismo supuesto de hecho, la decisión estuvo enfocada a ordenarle a la autoridad respectiva la motivación del acto de desvinculación, con el doble propósito de garantizar, por un lado al servidor público, su debido proceso y la posibilidad de demandar el acto ante la jurisdicción contenciosa, previo conocimiento de las causas de la desvinculación y por otro, que la desvinculación solo se produjese en razón de la existencia de motivos objetivos. En consecuencia, solo habría reintegro del servidor público cuando la autoridad demandada no procedía a motivar el acto de desvinculación.

Finalmente, se advirtió que la Corte ha venido conociendo este tipo de asuntos, sobre la base de que ya se ha agotado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que allí se obtuviera la protección de los derechos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional habían sido vulnerados por el acto respectivo. En esos casos, se consideró necesario ordenar la nulidad del acto de desvinculación que no había sido motivado, en aras de proteger los derechos a la estabilidad laboral, la igualdad y el debido proceso y consecuentemente, se ordenó el restablecimiento de los derechos, con el fin de retrotraer los efectos del acto viciado, de modo que el funcionario quedara en la misma posición en la que estaba antes de proferirse éste. Con tal objeto, se ordenó el reintegro de los funcionarios y el pago de salarios y

prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta su efectivo reintegro, con una precisión: de ese pago debe descontarse lo que la persona desvinculada haya percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, con fundamento en el artículo 128 de la Constitución. Todos estos criterios se recogieron en la sentencia SU-691/11.

En la sentencia SU-556 de 2014, la Corte avanzó en el último de los efectos, teniendo en cuenta que el servidor público desvinculado de un cargo de carrera que desempeñaba en provisionalidad está amparado, por una estabilidad laboral relativa y que, por consiguiente, su desvinculación debe producirse mediante acto motivado, de manera que, cuando ello no ocurra, cabe ordenar por vía judicial su reintegro al cargo, con el pago de la respectiva indemnización, como lo ha sostenido en repetidas ocasiones la Corte. Sin embargo, consideró necesario ajustar la jurisprudencia en cuanto hace al monto de la indemnización que en tales eventos se debe reconocer al servidor público afectado, con el propósito de garantizar, por un lado, la protección de los servidores públicos irregularmente desvinculados del cargo, y evitar, por otra, que en razón del transcurso del tiempo, particularmente cuando dichos servidores han acudido, sin éxito, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la suma a pagar resulte desproporcionada.

De igual modo, se reiteró que cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin motivar el acto, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso de la función pública y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

En esta oportunidad, la Corte señaló que la jurisprudencia ha venido evolucionando en la dirección de vincular el monto de la indemnización con el daño efectivamente sufrido por el servidor público, el cual debe corresponder a lo dejado de percibir durante el tiempo en que aquél ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado. Conforme a dicha regla, precisó que, de la suma indemnizatoria a que tiene derecho el empleado público, habrá de descontársele todo lo que haya recibido durante el periodo de desvinculación, como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que aquella sea menor a los 6 meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciendo, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta 24 meses, atribuible a la ruptura

del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio. Ello, dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación.

De igual manera, sostuvo que “el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón de que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varias años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante”.

Conforme con lo expuesto, la Corte dispuso que las órdenes a adoptar en esos casos son:

En ese orden de ideas, cuando una autoridad judicial afirma que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad y, con ese fundamento, se abstiene de anular dichos actos, se configura una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional[2] al contradecir de forma abierta la ratio decidendi de la jurisprudencia que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como interprete máximo de la Constitución[3].

3. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto, en esta oportunidad le corresponde a la Sala de Revisión determinar la modalidad de indemnización que le corresponde a la señora Mariella Santos Vega como consecuencia de la declaratoria de nulidad que profirió esta corporación, mediante sentencia T-961 de 2011, del acto administrativo que la desvinculó, sin motivación, del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, en la Fiscalía General de la Nación.

En relación con el reintegro de la accionante al cargo desempeñado y el valor a reconocer por concepto de indemnización, esta Corporación en Sentencia de Unificación SU-556 de 2014 determinó que las órdenes a adoptar en estos casos son: “(i) el reintegro del servidor

público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”

Así las cosas, se advierte que el reintegro de la accionante al cargo desempeñado no es procedente, pues de conformidad con la información suministrada por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, mediante oficio de 11 de enero de 2013, en el cargo que ocupaba la accionante fue nombrada en propiedad la señora Bertha Cecilia Neira Díaz, mediante Resolución N.º 0-1423, el 6 de julio de 2010, luego de superar el concurso de méritos y el periodo de prueba.

De acuerdo con lo anterior, solo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el 26 de febrero de 2015, fecha de expedición de esta providencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora Mariella Santos Vega, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, como lo determinó esta Corporación en la Sentencia SU-556 de 2014.

IX. 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.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos hasta el 26 de febrero de 2015, fecha de expedición de esta providencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora Mariella Santos

Vega, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, como lo determinó esta Corporación en la Sentencia SU-556 de 2014.

SEGUNDO.- LIBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA T-085/15

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida en Sentencia SU-556/14 desconocen efectos de la nulidad de actos administrativos (Salvamento de voto)

DECLARATORIA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-En actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe acarrear como consecuencia el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir (Salvamento de voto)

NULIDAD DE LOS ACTOS QUE DECLARAN INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION-La situación jurídica debe retrotraerse a la que existía antes de la expedición del acto anulado (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Se debió aplicar el precedente fijado en la Sentencia SU-917 de 2010 en lugar de las reglas de la Sentencia SU-556 de 2014 (Salvamento de voto)

PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEJADOS DE PERCIBIR DURANTE TIEMPO NO LABORADO-Fijación de topes al pago de indemnizaciones son medidas regresivas en materia de derechos laborales (Salvamento de voto)

INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Pronunciamiento por fuera de la solicitud de nulidad del incidentante desborda las pretensiones y restringe su derecho de defensa (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-2.706.372

Acción de tutela interpuesta por Mariella Santos Vega contra el Juzgado 1o Administrativo de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a salvar el voto en esta oportunidad.

1. Correspondió a la Sala Cuarta de Revisión estudiar la acción de tutela interpuesta

por la señora Mariella Santos Vega en contra del Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quienes dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado en contra de la Fiscalía General de la Nación, en procura de obtener el reintegro al cargo que venía ocupando al momento de su desvinculación, así como el pago de todos los emolumentos dejados de percibir.

Argumentó que su desvinculación se dio sin que se motivara el acto administrativo por medio del cual se le declaró insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, a pesar de que estuvo vinculada mediante nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

Agregó que las decisiones de las autoridades judiciales accionadas se apartaron del precedente constitucional que señala el deber del nominador de motivar el acto de desvinculación de los servidores públicos que ocupen un cargo de carrera en provisionalidad.

2. En sentencia T-961 de 2011, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, resolvió: (i) amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la señora Mariella Santos Vega; (ii) dejó sin efectos las sentencias proferidas en desarrollo del proceso contencioso administrativo; (iii) declaró la nulidad de la resolución mediante la cual se desvinculó a la actora; (iv) ordenó a la Fiscalía reintegrar la señora Santos Vega al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, siempre y cuando no hubiera sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos; y (v) dispuso pagar a la accionante los salarios y demás emolumentos, a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales.

En la sentencia T-961 de 2011 se argumentó que los jueces de lo contencioso administrativo, contradijeron de forma abierta la ratio decidendi de la jurisprudencia que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en cuanto al deber de motivación de los actos de retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad[4].

3. La señora Santos Vega presentó solicitud de nulidad parcial contra la sentencia T-961 de 2011, toda vez que la Sala Cuarta de Revisión se apartó del precedente fijado en la SU-917

de 2010, donde la Sala Plena de la Corte Constitucional, al abordar el estudio de casos similares al expuesto ordenó: “elpago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados “. En consecuencia, a través de este mecanismo solicitó que se corrigiera la fecha a partir de la cual se debe reconocer el restablecimiento del derecho, esto es, desde el momento de desvinculación (28 abril de 2005) y no desde la presentación de la acción de tutela (14 de diciembre de 2009).

4. En desarrollo del incidente de nulidad, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, a través de oficio de 11 de enero de 2013, informó que en el cargo que ocupaba la accionante fue nombrada en propiedad Bertha Cecilia Neira Díaz (Resolución 0-1423 del 6 de julio de 2010), luego de superar el concurso de méritos y el periodo de prueba.

5. Mediante Auto 381 de 2014, la Sala Plena declaró la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011. Se argumentó que a pesar de que la Sala Cuarta de Revisión tuvo en cuenta la mayoría de los fundamentos expuestos por la corporación en la SU-917 de 2010 para resolver el problema jurídico planteado en el expediente T-2.706.372, se apartó del precedente constitucional respecto a la fecha a partir de la cual se debían cancelar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, toda vez que resolvió que debía ser a partir de la fecha de presentación de la acción de tutela y no desde el momento de desvinculación del peticionario. En consecuencia se remitió nuevamente el expediente a la Sala Cuarta de Revisión para que se pronunciara al respecto.

6. En la sentencia T-085 de 2015, decisión de la cual me aparto actualmente, la mayoría de la Sala de Revisión determinó la forma en que debía otorgarse la indemnización a la señora Santos Vega a partir de la declaratoria de nulidad de la sentencia T-961 de 2011.

Para tal fin, hizo especial énfasis en la SU-556 de 2014, providencia en la que se reiteró la línea jurisprudencial en relación con los efectos de la nulidad del acto del retiro del servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, como consecuencia de la ausencia de motivación de dicho acto. Sin embargo, ajustó la jurisprudencia en cuanto al monto de la indemnización en estos casos.

Al respecto se indicó que la suma indemnizatoria debe corresponder con el daño

efectivamente sufrido por el servidor público. En consecuencia de la suma indemnizatoria debe descontársele todo lo que haya recibido durante el periodo de desvinculación, como retribución por su trabajo (público o privado), sin que aquella sea menor a los 6 meses[5], ni superior a 24 meses, ya que en este último escenario se rompe el nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio. Lo anterior, con el fin de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido.

Siguiendo estos parámetros, la Sala de Revisión procedió a resolver el caso concreto así: En primer lugar descartó la posibilidad de reintegro, toda vez que el cargo había sido provisto a través de concurso de méritos. En segundo plano, determinó que en este caso solo había lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el 26 de febrero de 2015, fecha de expedición de esta providencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora Santos Vega, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni pueda exceder de 24 meses de salario.

7. Considero que, contrario a lo decidido por la mayoría en la sentencia T-085 de 2015, en este caso no era procedente aplicar la subregla establecida en la SU-556 de 2014, en materia de indemnización, como pasa a explicarse.

i) El límite establecido para la indemnización (6 a 24 meses) desconoce los efectos de la nulidad de los actos administrativos, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado en múltiples oportunidades[6] que “la nulidad declarada de los actos administrativos produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o ‘ex tunc’, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la que tiene lugar cuando por otras causas desaparece el fundamento de derecho del acto, como ocurre por ejemplo con la declaración de inexecutable de una ley, la cual como regla general, tiene consecuencias a futuro, o ‘ex tunc’, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron”. Ello implica que, por regla general, las consecuencias jurídicas de declarar la nulidad de un acto administrativo son las de volver la situación al

estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, lo que implica retrotraer la situación jurídica a la que existía antes de la expedición del acto anulado.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010, decisión en la que se recopiló la jurisprudencia existente en esta materia, se ordenó el restablecimiento de los derechos, retrotrayendo los efectos del acto viciado, de modo que el funcionario quedara en la misma posición en la que se encontraba antes de la actuación irregular. En esta decisión se resaltó que al declararse la nulidad de los actos de insubsistencia, a título de restablecimiento del derecho, correspondía ordenar el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, con las actualizaciones pertinentes[7]

En igual sentido, se advirtió que los reintegros solamente serían procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hayan sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos. Ya que en tal evento, únicamente habría lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante concurso.

De acuerdo con lo señalado, una vez se anula el acto de desvinculación por falta de motivación, se deben retrotraer los efectos de la actuación irregular, lo que implica que el accionante tiende derecho a las prestaciones dejadas de percibir, sin solución de continuidad, desde el momento de su desvinculación. En consecuencia, tal reparación debe ser integral y otorgarse sin que haya lugar a imponer límite de tiempo alguno, por lo que la suma a pagar no puede ser considerada desproporcionada, ya que obedece a un error de la administración que devino en un acto ilegal que pierde sus efectos.

ii) En el Auto 381 de 2014, que declaró la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011, específicamente se estableció que la Sala Cuarta de Revisión se apartó del precedente constitucional respecto a la fecha a partir de la cual se debían cancelar los salarios, esto es, desde el momento de desvinculación del peticionario.

Por tanto, lo coherente era dar aplicación a la regla contenida en la SU-917 de 2010, que para el momento en que se resolvió la acción de tutela constituía el precedente aplicable al caso y fue el motivo por el cual se anuló la primera decisión.

Incluso era aplicable la subregla dispuesta en la SU-691 de 2011, según la cual la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento de un derecho por nulidad del acto acusado, debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material. De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público, por lo que es procedente descontar las sumas que hubieren devengado, provenientes del Tesoro Público entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso. Hacer lo contrario, termina desconociendo el principio de favorabilidad al dar aplicación a una jurisprudencia que además de no constituir precedente resulta regresiva.

Aunado a lo anterior, es importante destacar que la Sala de Revisión tenía límites al momento de resolver este asunto, ya que la señora Santos Vega presentó solicitud de nulidad por desconocimiento del precedente, la cual fue aceptada por la Sala Plena y dispuso la corrección para que se ajustara al precedente aplicable al caso, que era la SU-917 de 2010.

Así, en la sentencia T-085 de 2015, la mayoría terminó agravando la situación de la actora, toda vez que la sorprendió con una decisión que termina por limitar el ejercicio libre del derecho de defensa, en la medida que a través un nuevo fallo desborda las pretensiones de quien busca la protección de su derecho al debido proceso.

Bajo estos parámetros, la Sala Cuarta de Revisión debió ordenar la indemnización de la accionante teniendo en cuenta que: (i) la desvinculación se dio el 28 de abril de 2005; y (ii) el cargo que ocupaba se proveyó por concurso el 06 de julio de 2010. Entonces, correspondía reconocer a la actora los salarios y prestaciones desde el 28 de abril de 2005 al 06 de julio de 2010, con los descuentos por dineros recibidos en caso de haber ocupado cargos públicos.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Las sumas a pagar se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A.,

dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = R.h. \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$; en la que el valor presente “R” se determina multiplicando el valor histórico (R.h.), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

[2] Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

[3] Corte Constitucional, Sentencias T-170 de 2006, T-254 de 2006, T-186 de 2009, T-736 de 2009.

1. Corte Constitucional, Sentencias T-170 de 2006, T-254 de 2006, T-186 de 2009, T-736 de 2009.

[5] Según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad.

[6] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 de abril de 2015, Radicado 207465411001-03-06-000-2014-00043-00(2248) Concepto. Consejo de Estado, Sección Quinta, 19 de marzo de 2015, Radicado 207380711001-03-28-000-2014-00097-00 – Auto. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, 29 de mayo de 2014, Radicado 202106966001-23-31-000-2004-02098-01 33832 -Sentencia. Consejo de Estado. Sección Tercera, 5 de julio de 2006, Radicado 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051) – Sentencia. Consejo de Estado, Sección Segunda, 26 de agosto de 2009, Radicado 2003269-68001-23-15-000-2000-01533-01 -2176-08 – Sentencia. Consejo de Estado, Sección Primera, 21 de mayo de 2009, Radicado 2000913-25000-23-27-000-2003-001 19-01 – Auto.

[7] Esta posición fue reiterada en la SU-691 de 2011