

Sentencia T-104-09

Referencia: expediente T-2031790

Acción de tutela interpuesta por Mónica Marcela Gómez Gaviria contra el municipio de Cartago (Valle)

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos, al resolver sobre el asunto de la referencia, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartago -Valle del Cauca, y por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago -Valle.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. Mediante Resolución N°. 397 del 13 de diciembre de 2002, la peticionaria fue vinculada a la administración municipal, posesionándose el 13 de diciembre de 2002, según Acta de Posesión No. 102 del 13 de diciembre de 2002.

2. Inicialmente la peticionaria fue nombrada en el cargo de técnico código 401-08 de la alcaldía municipal de Cartago - Valle.

1. Mediante resolución municipal No, 173 de mayo 20 de 2002, se crea el Grupo Especial de

Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago, Valle del Cauca.

2. Mediante la Resolución Municipal No. 059 del 07 de marzo de 2005, se resuelve asignar la coordinación y responsabilidad del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago -Valle a la peticionaria, abogada Mónica Marcela Gómez, quien se desempeñaba para ese entonces en el cargo de Profesional Universitaria de la Planta Global.

3. Mediante la Resolución Municipal No. 711 del 01 de noviembre de 2006, la administración municipal decide asignar la coordinación del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la alcaldía municipal de Cartago -Valle al Secretario de Servicios Administrativos, y para el trámite e impulsión de los procesos disciplinarios a un profesional universitario.

4. Expresa la accionante que se vinculó al cargo de buena fé y que presentó toda la documentación que exige la Ley 190 de 1995 para desempeñar un cargo público, así como que desconocía totalmente la identificación de los recursos con los cuales se le pagaba el salario.

6. Mediante Resolución No. 00218 del 28 de enero de 2008 fue declarado insubsistente su nombramiento, cuando se encontraba inscrita ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y estaba concursando por el cargo de Profesional Universitario de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago - Valle.

7. Considera la peticionaria que dicha declaración de insubsistencia viola flagrantemente sus derechos “porque el Derecho al Trabajo es de carácter Constitucional y de Especial Protección, unido a otros derechos de igual jerarquía, como son: Derecho a la Estabilidad Laboral, Derecho a la Igualdad, Derecho al Mínimo vital, Derecho a la Salud y a la Seguridad Social en conexidad con el Derecho a la Vida del afiliado cotizante en el Régimen Contributivo, Derecho al Debido Proceso y demás derechos conexos”

8. Agrega la accionante que es una mujer de 31 años de edad, que se vinculó a la administración municipal hace 5 años, que es separada de hecho hace 9 años y divorciada sólo hace tres o cuatro años, y que tiene un hijo de 9 años, y que vive con sus padres

quienes son personas de la tercera edad.

9. Menciona así mismo la actora que en el mes de noviembre de 2004 cuando se encontraba vinculada laboralmente al municipio de Cartago - Valle, le fue detectada una enfermedad renal de "cálculo coraliforme derecho sin obstrucción", razón por la cual ha tenido que ser intervenida quirúrgicamente en varias ocasiones. Anota la accionante que desde el momento de su vinculación a la administración municipal de Cartago-Valle se encuentra afiliada a la E.P.S. y a Medicina Prepagada Colsánitas, entidad que ha asumido el costo y cubrimiento "de todo el tratamiento médico diagnosticado para mi enfermedad renal".

10. La accionante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No.00218 de enero 28 de 2008, por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento.

11. Mediante Resolución N° 497 del 27 de marzo de 2008, el municipio de Cartago-Valle resuelve el recurso de reposición interpuesto decidiendo confirmar en todas sus partes la Resolución No.00218 de enero 28 de 2008, emanada de la Alcaldía Municipal de Cartago, Valle del Cauca, por lo expuesto en la parte motiva.

2. La acción de tutela instaurada

La peticionaria interpone acción de tutela el 28 de febrero de 2008, manifestando que la administración municipal de Cartago - Valle al declararla insubsistente violó flagrantemente sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, el derecho a la igualdad, al mínimo vital, el derecho a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, y el derecho al debido proceso, "porque el Derecho al Trabajo es de carácter Constitucional y de Especial Protección, unido a otros derechos de igual jerarquía, como son: Derecho a la Estabilidad Laboral, Derecho a la Igualdad, Derecho al Mínimo vital, Derecho a la Salud y a la Seguridad Social en conexidad con el Derecho a la Vida del afiliado cotizante en el Régimen Contributivo, Derecho al Debido Proceso y demás derechos conexos".

En este sentido considera violados el Preámbulo de la Constitución Política y los artículos 1º, 2º, 11, 13, 25, 42, 48, 53 de la Constitución Nacional en tanto encuentra que se le vulneran sus derechos a la vida, al trabajo y a la estabilidad laboral, a la igualdad, al

mínimo vital, a la salud y a la seguridad social, y al debido proceso por cuanto “al declarar mediante un acto administrativo, la insubsistencia del nombramiento, desconoce y viola mis derechos fundamentales, porque al desvincularme estando inscrita y concursando por el cargo de Profesional Universitario de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago, viola el derecho al trabajo a la estabilidad laboral, al Debido Proceso, solo se me podía desvincular por razones taxativamente previstas en la Constitución y la Ley. (...)La desvinculación del cargo, también afecta de manera directa el Derecho a la Salud y el Derecho a la Vida del afiliado cotizante en el Régimen Contributivo, por la enfermedad renal que padezco, como lo demuestra mi historia clínica anexa y los recientes exámenes médicos practicados.”

La actora interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio, con fundamento en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, que establece la tutela como mecanismo transitorio, aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con lo anterior, la actora pretende que se le “amparen los derechos fundamentales vulnerados y, en consecuencia se ordene al accionado reintegrarme inmediatamente al cargo que venía desempeñando dentro del Municipio de Cartago (V) (Profesional Universitario del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario), así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha de declaratoria de insubsistencia del nombramiento, con los respectivos pagos a la salud y pensión.”

3. La respuesta de la entidad demandada

El señor alcalde de Cartago-Valle, Germán Gonzalez Osorio, actuando en nombre y representación legal de este Municipio, presentó escrito mediante el cual dió respuesta a la acción de tutela interpuesta por la actora.

3.1 Afirma la accionada en su contestación de la demanda que la alcaldía municipal de Cartago - Valle, en el mes de enero y febrero de 2008, procedió a retirar del servicio a ochenta y seis (86) personas, entre ellas, la Accionante, quienes venían prestando sus servicios en las distintas dependencias, pero que su vinculación y permanencia en el servicio fue realizada sin tener en cuenta los requisitos que

exigen las normas constitucionales y legales.

3.2 La irregularidad anterior fue informada al despacho del señor alcalde de Cartago mediante rendición de informe relacionado con la ejecución del Presupuesto Municipal, en lo relacionado con gastos de funcionamiento, gastos de personal, en donde se afirma: “Por las razones expuestas recomendamos a la Administración Municipal ajustar a la normatividad constitucional y legal las nóminas, toda vez que en la actualidad existen 98 cargos que no están contemplados en la planta de personal (Decreto 017 de 2006) y que por lo tanto, no tienen funciones detalladas y no podían ser provisto. Para el efecto, recomendamos analizar la aplicabilidad del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo o en su defecto, analizar la procedencia de efectuar la declaratoria de insubsistencia de las 98 personas que fueron vinculadas mediante nombramiento provisional a cargos inexistentes en la planta de personal

Ahora bien, si la decisión administrativa es declarar la insubsistencia de los nombramientos provisionales de cargos inexistentes en la planta de personal, deberá expedir los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia, debidamente motivados, explicando las razones por las cuales se declara la

insubsistencia, a efectos de darle transparencia y publicidad a la actuación de la Administración y garantizar el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa por parte de los empleados, lo anterior ajustándose a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en reiteradas sentencias de tutela viene fijando como subregla constitucional la relacionada con que los actos de declaratoria de insubsistencia de empleos en provisionalidad deben ser motivados a efectos de no transgredir el derecho fundamental al debido proceso del empleado. Lo anterior, por cuanto se estima por la Corte que si el empleado no conoce los motivos que tuvo la Administración para retirarlo no puede debatirlos ante la misma Administración. (...)”

3.3 Igualmente afirma la alcaldía que la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, en el informe preliminar “Evaluación y seguimiento al cumplimiento del programa de saneamiento fiscal y financiero 2007 (Diciembre 2007)”, señala que el municipio se encuentra incumpliendo el “Acuerdo de Reestructuración de Pasivos” incumpliendo los límites de gasto establecidos en la Ley 617 de 2000, existencia de cargos no reportados a

la Comisión Nacional del Servicio Civil, existencia de 62 cargos en provisionalidad de los cuales no se solicitó autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil para su nombramiento, así como que el municipio venía utilizando recursos de inversión para gastos de funcionamiento, razones por las cuales recomienda a la administración municipal adelantar un proceso de desvinculación de personal. En su contestación de la demanda la alcaldía cita apartes de tal informe en el cual se afirma:

“...se evidencia a diciembre 31 de 2006 y junio 30 de 2007 incumplimiento de los límites de Gasto establecidos en la Ley 617 de 2000, situación que pone en riesgo las finanzas del Municipio y muy seguramente se vería obligado a implementar un nuevo Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero, sin perjuicio de las sanciones previstas en las Leyes que regulan la materia.

(...)

La oficina de Servicios Administrativos suministró copia de la planta de personal existente a 30 de septiembre de 2007, pero únicamente del personal ingresado en la vigencia 2006 y parte del 2007, en la que se puede observar un total de 82 cargos entre éstos 62 en provisionalidad.

Por otro lado, no figura soporte donde conste que el Alcalde Municipal haya solicitado autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil para realizar el nombramiento de los 62 cargos en provisionalidad, posterior a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario por lo que se evidencia una presunta falta disciplinaria.

(...)

(...)

Como observará, los recursos de inversión son exclusivamente para ejecutar obras que beneficien a la comunidad en general, y cuando se destinan para cubrir pago de personal de oficinas; además de incurrir en una ilegalidad, se está dejando de llevar obras y progreso a las comunidades, quienes demandan más servicios y de mejor calidad.

El personal que venía pagándose por el rubro de inversión, no se hacía a través de la nómina oficial, sino a través de una nómina creada en Excel por fuera del programa, denominada “especial” (...)

(...)

Señor Alcalde, teniendo en cuenta la responsabilidad que nos asiste, le solicito tomar las medidas necesarias y ejecutar las acciones recomendadas por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a la ley, dado que el Presupuesto Municipal solo tiene contemplado el pago de salarios y prestaciones sociales solo para el personal que se encuentra en la nómina oficial, no siendo posible destinar recursos de inversión para financiar gastos de funcionamiento.

Así mismo, se proceda a ordenar la realización del estudio pertinente, para retirar de la Oferta Pública de Empleos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, aquellos empleos que fueron reportados, sin reunir los requisitos legales, dándole a conocer la situación de ilegalidad en que se encuentran diversos cargos de la Administración Municipal, bien directamente o a través de la ESAP o una firma especializada.

De no realizarse las acciones recomendadas por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Administración Municipal se vería avocada a ser objeto de investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación a la luz de la Ley 734 de 2002; así mismo, de investigación fiscal por parte de la Contraloría General de la República, por posible detrimento patrimonial y desviación de recursos públicos y también de investigación penal por parte de los Fiscales y Jueces Penales.

La Administración Municipal para efectos del retiro del personal debe tener en cuenta, los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, en los cuales determina que los nombramientos provisionales deben ser revocados o declarados insubsistente (sic) mediante acto administrativo motivado, (...)

Se sugiere adelantar el proceso de desvinculación de personal inicialmente con 74 funcionarios y luego proseguir con los demás de tal manera que no se afecten rubros de inversión pública.”

3.4 Afirma la alcaldía que examinada la historia laboral figura que la señora Mónica Marcela Gómez Gaviria fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Técnico según la Resolución No. 397 de diciembre 13 de 2002 y posesionada en la misma fecha, según consta en el acta de posesión No. 102; luego mediante memorando de fecha marzo 08 de 2005, expedido por el Secretario de Servicios Administrativos fue trasladada a ejercer funciones de control interno disciplinario en la Oficina Asesora Jurídica y en la Secretaría de Servicios Administrativos; mediante Resolución No. 059 de marzo 07 de 2005, le fue asignada la coordinación y responsabilidad del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario como Profesional Universitaria de la Planta Global; luego, mediante Resolución No. 270 de septiembre 01 de 2005 fue designada para hacer parte del Grupo de Control Interno Tributario de la Entidad; aparece la Resolución No. 400 de noviembre 11 de 2005, por la cual deja pertenecer la señora Gómez Gaviria al Grupo de Control Interno Tributario; se muestra también la Resolución No. 711 de noviembre 01 de 2006, por medio de la cual la Coordinación y Responsabilidad del Grupo Especial del Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago queda a cargo del Secretario de Servicios Administrativos, quien es el segundo nivel jerárquico mas alto dentro de la administración Municipal, y en el mismo acto administrativo, se comisiona al Profesional Universitario únicamente para tramitar e impulsar los procesos disciplinarios, motivo por el cual al ser declarado insubsistente el nombramiento de la señora Gómez Gaviria, a través de la Resolución No. 00218 de enero 28 de 2008, a más de cumplirse con el ordenamiento jurídico vigente no se afecta el servicio público.

3.5 Considera la alcaldía municipal que de conformidad con el informe presentado tanto por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cartago, la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, se encuentra plenamente establecido que la declaratoria de insubsistencia de la señora Gómez Gaviria se realizó conforme a la normatividad vigente.

3.6 Sostiene así mismo la alcaldía municipal que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 00218 de enero 28 de 2008, fue debidamente motivado, citando para ello la resolución en comento.

3.7 Así mismo, la Alcaldía sostiene que al momento de expedir el acto administrativo o la Resolución por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la

Accionante, tuvo en cuenta lo establecido en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia de las altas cortes, de tal manera que se le brindaron todas las garantías y se le respetaron todos sus derechos, razón por la cual la tutela debe ser denegada.

3.8 En relación con los hechos concretos planteados en la demanda de tutela, la alcaldía afirma que es cierto que la señora Mónica Marcela Gómez fue vinculada a la alcaldía municipal de Cartago, mediante la Resolución No. 397 de diciembre 13 de 2002 y posesionada en la misma fecha, según consta en el Acta de Posesión No. 102.

3.8.1 Así mismo reconoce que la peticionaria fue inicialmente vinculada laboralmente al cargo de Técnico 401-08 en la alcaldía municipal de Cartago.

3.8.2 En relación con la Resolución No. 173 de mayo de 2002, mediante la cual se crea el Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía, afirma que es parcialmente cierto, ya que si bien este grupo fue creado como del más alto nivel jerárquico, adolece de una irregularidad en cuanto se designó a un profesional especializado como coordinador y responsable del grupo, cuando debió designarse a un secretario del despacho o jefe de oficina, quienes son del nivel más alto para ser la primera instancia y corresponderle la segunda instancia al Alcalde Municipal.

3.8.4 Sostiene la Alcaldía que lo afirmado por la actora respecto de la Resolución No. 711 de noviembre 01 de 2006, en cuanto a que mediante dicha resolución se decide asignar la coordinación del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario al Secretario de Servicios Administrativos y para el trámite e impulsión de los procesos disciplinarios a un Profesional Universitario, no es cierto, ya que lo que hizo dicha resolución fue derogar la Resolución No. 059 de marzo 07 de 2005, designando la coordinación y responsabilidad del control interno disciplinario en cabeza del secretario de servicios administrativos, en razón a que el cargo que desempeñaba la accionante no era del más alto nivel jerárquico, por lo cual debía cumplirse con el artículo 76 de la Ley 734 de 2002.

3.8.5 Respecto de la afirmación de la actora relativa a que el cargo de Profesional Universitario del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Cartago es un cargo de creación legal y obligatoria existencia, de conformidad con la Ley 734 de 2002, responde la Alcaldía Municipal que dicha afirmación no es cierta ya que lo que se deriva del tenor literal del artículo 76 de la Ley 734 de 2002 es que la oficina de

control interno disciplinario debe ser una oficina del más alto nivel y debe estar conformada por servidores públicos mínimo de nivel profesional, con fundamento en lo cual se expidió la Resolución No.711 de noviembre 01 de 2006.

3.8.6 En cuanto a la afirmación de la actora relativa a que se vinculó de buena fé y que desconocía totalmente la identificación de los recursos con los cuales se le pagaba su salario, así como que presumía la legalidad del nombramiento y de los recursos para sustentarlo, contesta la alcaldía que no es cierto y que la Ley General de Presupuesto es clara al determinar que los emolumentos del personal que labora en las dependencias de los municipios, deben ser cancelados a través de los recursos aprobados por los concejos municipales para gastos de funcionamiento, sin que puedan utilizarse o desviarse recursos de inversión, como es, de los rubros presupuestales de mantenimiento e infraestructura vial, Umata o Comisaría de Familia, para pago de personal de oficina. Por tanto, afirma que al encontrarse la señora Gómez Gaviria vinculada con cargo a recursos de inversión, como es el rubro de la Umata, y desempeñando labores en la Secretaría de Servicios Administrativos, en control disciplinario interno, que nada tiene que ver con el sector de la Umata, al igual que las demás personas que se encontraban en dicha situación fue necesario el retiro del servicio, con el fin de no violar o vulnerar normas constitucionales o legales y la correcta administración y ejecución de los recursos públicos.

3.8.7 En relación con la afirmación de la actora de que se encontraba inscrita ante la Comisión Nacional del Servicio Civil concursando por el cargo de Profesional Universitario de control interno disciplinario de la alcaldía de Cartago cuando fue desvinculada del cargo, la alcaldía responde que no es cierto y que la alcaldía municipal de Cartago, ante las ilegalidades registradas y dadas a conocer por parte de la Secretaría de Hacienda Municipal, la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, y las denuncias de los medios de comunicación, no solamente procedió al retiro del personal irregularmente vinculado a la Administración Municipal, sino que también debió proceder mediante memorando No. 001434 de 28 de febrero dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a denunciar los hechos y a la vez formalizar el retiro de la Oferta Pública de la Convocatoria No.001 de 2005, de los empleos que no cumplen con los requisitos legales, entre ellos, el que venía desempeñando la señora Gómez Gaviria, razón por la cual no podía concursar para el empleo para el cual fue desvinculada por cuanto se formalizó el retiro de la oferta

pública, ni tal cargo puede ser proveído nuevamente en razón a que se violaría claras normas del Derecho Laboral Administrativo que rigen la materia, y daría lugar a una ilegalidad o una irregularidad, todas las cuales pueden ser investigadas penal, fiscal y disciplinariamente.

3.8.8 Respecto de los derechos fundamentales de la señora Gómez Gaviria afirma la alcaldía que éstos no le han sido vulnerados, ni desconocidos por cuanto se le han ofrecido todas las garantías constitucionales y legales como que (i) el acto administrativo de retiro se encuentra debidamente motivado; (ii) se le notificó personalmente la Resolución No.00218 de enero 28 de 2008, y se le hizo saber que contra la citada resolución procedía recurso de reposición; (iii) la señora Gómez haciendo uso del derecho al derecho de defensa y debido proceso interpuso recurso de reposición; (iv) mediante la Resolución No.000254 de febrero 04 de 2008, se le reconoció a la señora Gómez Gaviria sus salarios adeudados hasta la fecha de su desvinculación; (v) a través de Resolución No.122 de marzo 05 de 2008 se le reconoció el auxilio de cesantías a que tiene derecho la actora.

3.8.9 En cuanto a las afirmaciones relativas a su situación personal y familiar, así como al estado de salud de la accionante y tratamientos médicos, responde la alcaldía que son asuntos personales de la actora, o bien que no le constan, o bien que no aparece prueba en la historia laboral de la accionada respecto de los mismos. Adicionalmente afirma la alcaldía que si la señora Gómez Gaviria se encuentra enferma, es la EPS la que está en la obligación de atenderla y que la enfermedad o incapacidad por enfermedad no son obstáculo para la terminación laboral con un empleado ya que la Ley 110 de 1993 determinó que el servicio de salud no es prestado directamente por el empleador, sino a través de Entidades Prestadoras de Servicios de Salud, a las cuales se han realizado los aportes.

3.9 Finalmente en lo que toca a la pretensión de la actora la alcaldía afirma que la jurisprudencia de las altas cortes ha sido clara estableciendo que la tutela no es el mecanismo idóneo para que un empleado reclame el reintegro al trabajo, por cuanto la acción de tutela no puede reemplazar la justicia ordinaria o contenciosa administrativa.

En relación con la enfermedad de la actora cuenta con los mecanismos legales para exigir de la EPS la culminación de su tratamiento médico o quirúrgico, según sea el caso. Así mismo afirma que en caso de que la accionante no cuente con los recursos económicos para afiliarse como independiente, puede afiliarse al sistema de régimen subsidiado de salud.

4. Pruebas aportadas

4.1 Copia de la Resolución Municipal No.397 del 13 de diciembre de 2002 (Fl. 1 Cuaderno No. 1).

4.2 Copia del Acta de Posesión No. 102 del 13 de diciembre de 2002 (Fl. 2 Cuaderno No.1).

4.3 Copia Resolución Municipal No. 173 de mayo 20 de 2002, “Por medio de la cual se implementa el control interno disciplinario en la alcaldía municipal de Cartago, de acuerdo con la ley 734 de 2002, y se dictan otras disposiciones” (Fl. 4-5 Cuaderno No.1).

4.4 Copia Resolución Municipal No.059 del 07 de marzo de 2005, “Por medio de la cual se asigna la coordinación del grupo especial de control interno disciplinario de la alcaldía municipal de Cartago, Valle del Cauca” (Fl. 6 Cuaderno No.6).

4.5 Copia Resolución No. 711 del 01 de noviembre de 2006, “Por medio de la cual se asigna la coordinación del grupo especial de control interno disciplinario de la alcaldía municipal de Cartago, valle del cauca y se dictan otras disposiciones” (Fl. 7 Cuaderno No.1).

4.6 Copia Resolución No. 00218 del 28 de enero de 2008, “Por medio la cual se declara insubsistente un nombramiento” (Fl. 8-9 Cuaderno No.1).

4.7 Copia de la notificación a la accionante de la Resolución No.00218 del 28 de enero de 2008 que declaró su nombramiento insubsistente (Fl. 59 Cuaderno No.1).

4.8 Copia del recurso de reposición interpuesto por la actora en contra de la Resolución No. 00218 de enero 28 de 2008 (Fls. 27-34 Cuaderno No.3).

4.9 Copia de la Resolución No. 497 del 27 de marzo de 2008, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la actora, mediante el cual se confirma en todas sus partes la Resolución No.00218 de enero 28 de 2008 (Fls. 4-26 Cuaderno No.3).

4.9 Copia del Informe de la Secretaria de Hacienda Municipal.

4.10 Copia del Informe Final de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4.11 Copia del Informe Preliminar "Evaluación y Seguimiento al cumplimiento del programa de saneamiento fiscal y financiero 2007" Diciembre de 2007 de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca (Fls.216-270 Cuaderno No.1).

4.12 Copia de la Resolución No.00254 de febrero 04 de 2008, por medio de la cual se reconoce el salario del mes de enero del año 2008 a la señora Gómez Gaviria.

4.13 Copia de la Resolución No. 122 de marzo 05 de 2008, por medio de la cual se reconoce el auxilio de cesantías y demás acreencias adeudadas a la señora Gómez Gaviria (Fls. 280-282 Cuaderno No.1).

4.14 Certificación del Secretario de Servicios Administrativos en la que consta que la coordinación y responsabilidad de control interno se encuentra en primera instancia a cargo del Secretario de Servicios Administrativos (Fl. 283 Cuaderno No.1).

4.15 Certificación Laboral de la Accionante expedida por la Secretaria de Servicios Administrativos (Fl.284 Cuaderno No.1).

4.16 Copia del oficio No.230.001434 del 28 de febrero de 2008, dirigido al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitando el retiro de empleos de la oferta pública de la Convocatoria No.001 de 2005 (Fls.285-287 Cuaderno No.1).

4.17 Copia del Registro Civil del hijo de la actora Juan José Londoño Gómez (Fl. 10 Cuaderno No.1).

4.8 Copia del carnet de afiliación de la actora a la EPS SANITAS.

4.18 Copia del carnet de afiliación a COLSANITAS (medicina prepagada).

4.19 Copia de la historia clínica de la enfermedad renal que padece la actora (Fls.14-37 Cuaderno No.1).

4.20 Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la actora (Fl. 38 Cuaderno No.1).

4.21 Fotocopia de la tarjeta profesional de abogada de la actora (Fl. 39 Cuaderno No.1).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia

En criterio del a-quo la acción de tutela no es precisamente el mecanismo judicial apropiado para el efectivo reintegro a un cargo público, cuando por demás su despido fue como consecuencia de un nombramiento ilegal, ya que el cargo no estaba contemplado o autorizado por la ley, y adicionalmente la afectada no se encuentra en estado de indefensión o debilidad manifiesta.

Por tanto no encontró el juez de instancia vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social, al a vida, a la dignidad humana, o a otros derechos de raigambre constitucional.

Encuentra el a-quo que el cargo desempeñado por la accionante fue pagado ilegalmente, contradiciendo las normas legales y constitucionales, toda vez que para cancelarle sus emolumentos tenían que desviar recursos de otros rubros presupuestales de inversión como mantenimiento e infraestructura vial, de la Umata o la Comisaria de Familia.

Por consiguiente encuentra el juez de tutela que no le es dado entrar a controvertir y dejar sin piso las disposiciones legales, dispuestas por la Administración Municipal, cuando el acto administrativo es producto de una sana y prudente interpretación de las normas jurídicas respectivas.

Con fundamento en lo anterior encuentra el a-quo “que no resulta arbitrario el comportamiento del representante legal del MUNICIPIO DE CARTAGO, al desvincular a

la actora”, que tampoco es la tutela procedente en este caso, resaltando que en este caso se le han pagado a la actora todos los emolumentos, aún cuando éstos se han pagado con rubros destinados para otros asuntos, lo cual contradice las normas legales y constitucionales.

Finalmente el juez de instancia indica que el Estado colombiano tiene la obligación de proteger la salud de aquellas personas que no cuentan con recursos económicos para pagar al Sistema General de Seguridad Social en Salud del Régimen Contributivo, las cuales pueden vincularse al Sistema del Régimen subsidiado.

2. Impugnación

En escrito de impugnación argumenta la accionante que interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio, con fundamento en el Decreto 2591 de 1991, artículo 8º, aún cuando dispone de otro medio de defensa para evitar un perjuicio irremediable y afirma: “(e) s obvio que acudiré a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en su momento, pero mientras transcurren los términos procesales, para que quede agotada la vía gubernativa y sea admitida la demanda, mis derechos constitucionales fundamentales están desprotegidos y violentados por el Municipio de Cartago, Valle”.

Reitera que con su desvinculación laboral de la administración municipal de Cartago -Valle, sin justificación legal, se encuentran desprotegidos sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, el derecho al debido proceso administrativo, desvinculación que según la accionante también le afecta el derecho a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida del afiliado cotizante en el Régimen Contributivo, por cuanto desde el año 2004 viene padeciendo una enfermedad renal y considera que la situación de desempleo la deja en una situación de desamparo en salud.

Considera la actora que por encontrarse en un cargo en provisionalidad, éste no puede ser declarado insubsistente por el Nominador, con la misma discrecionalidad, como lo puede hacer con un cargo de libre Nombramiento y Remoción. Afirma que la actuación irregular de la administración se demuestra en que cuando la desvincularon se encontraba inscrita y concursando ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que sólo un mes después la administración municipal le informó a dicha entidad el retiro de los

servidores públicos inscritos en la Convocatoria No. 001 de 2005.

Sostiene en su impugnación que el alcalde municipal de Cartago, no solo actúa como Juez Contencioso Administrativo, al declarar la ilegalidad de sus propios actos administrativos, que crearon condiciones particulares y concretas, sino que también se toma atribuciones legales al ordenar el retiro de una convocatoria pública nacional y de obligatorio cumplimiento para todos los entes del orden nacional y territorial, que tienen cargos en provisionalidad.

Reitera la actora que actuó de buena fé y que existía una presunción de legalidad de los actos de la administración, presunción que está siendo atacada por la propia administración cuando ello le corresponde es a la jurisdicción contenciosa administrativa, así como que no era su obligación conocer la fuente de los recursos con los cuales le pagaba la administración municipal su salario, a lo cual agrega que no siempre le pagaron con recursos del Umata sino también con recursos de “servicios docentes” y de “educación”.

Reitera así mismo la accionante que su cargo de profesional universitario de control interno es un cargo de creación legal -Ley 734 de 2002- y de obligatoria existencia, ya que “afirmar que el cargo de Profesional Universitario del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago, Valle del Cauca, NO EXISTE, es contrario a la Ley y va en contravía de los propios actos administrativos que expidió el Municipio de Cartago (V), porque ese cargo específicamente lo CREO LA LEY 734 DE 2002 (artículo 76 parágrafo 2º), y el Municipio de Cartago (V), lo acogió e implemento dentro de su jurisdicción, a través de actos administrativos que así lo demuestran.” (negrilla en el texto original). Por tanto encuentra la actora que no tiene sentido el aserto de la administración municipal en cuanto a que su nombramiento en el cargo en mención sea violatorio del artículo 122 de la Constitución Nacional.

En opinión de la impugnadora, la alcaldía se escuda en los estudios presentados por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público y la Contraloría Departamental para cometer las arbitrariedades de los despidos, ya que dichas entidades si bien encontraron irregularidades que están siendo investigadas por las autoridades correspondientes, no pueden conferirle poder al alcalde para desvincular personal o para reformar o

reestructurar la administración municipal sin un acuerdo previo del Concejo Municipal.

Estima la actora que la alcaldía no sólo actuó de forma arbitraria al declarar la ilegalidad de sus propios actos administrativos, expedidos con anterioridad y que generaron una situación jurídica particular y concreta, sino que confunden el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia con el de una revocatoria, y que el municipio de Cartago no puede pretender subsanar un acto que considera ilegal cometiendo otra ilegalidad. Por tanto considera que la propia administración produce actos administrativos que generan situaciones y derechos concretos, y ella misma los revoca o saca de la vida jurídica sin el consentimiento del particular, y sin demandar sus propios actos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante la acción de lesividad, porque dejaron caducar la acción en el tiempo.

3. Segunda instancia

Mediante Sentencia proferida el diecinueve (19) de junio de 2008, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago - Valle del Cauca, decidió revocar la sentencia No.043 del 9 de mayo de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartago (V.), en la acción de tutela de marras, y en consecuencia tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la actora.

En consecuencia se decidió dejar sin efectos la Resolución No. 00218 del 28 de enero de 2008, mediante la cual se declaró insubsistente el cargo de Profesional Universitario adscrita al Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Cartago -Valle, que venía desempeñando la tutelante, para lo cual se ordenó al alcalde el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación o a otro equivalente o de superior jerarquía, en el evento en que éste estuviese siendo ejercido por otra persona.

Igualmente se decide desvincular del presente trámite tutelar a la empresa promotora de Salud EPS "Sanitas".

De otra parte, se advierte en dicha decisión que el derecho al debido proceso se ampara como mecanismo transitorio, hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso se pronuncie de manera definitiva sobre la legalidad del acto administrativo que se dejó sin efectos,

para lo cual la actora deberá interponer la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de quedar en firme la sentencia de segunda instancia.

Para esta decisión consideró el ad-quem que el cargo desempeñado por la señora Gómez Gaviria es de aquellos que por su naturaleza y funciones es considerado como de carrera, por lo que legalmente el señor alcalde no podía desvincularla en la forma en que lo hizo, toda vez que los empleados de carrera, bien inscritos o bien en provisionalidad, gozan de una relativa estabilidad y para prescindir de sus servicios debe mediar, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, una investigación disciplinaria en la que se respete el debido proceso y el derecho de defensa, o bien luego de un concurso de méritos se designe a quien haya ocupado el primer lugar.

Así mismo considera el juez de segunda instancia que ante la existencia de varios cargos que venían siendo remunerados con recursos de inversión, el señor alcalde pudo realizar una reestructuración administrativa con el fin de ajustar la estructura de la planta de personal, tanto a las normas constitucionales y legales, como a las necesidades y exigencias, a través del Concejo Municipal, presentando el respectivo proyecto para Acuerdo de conformidad con lo que establece el artículo 313 de la Constitución Política y el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal; o pudo también demandar la legalidad de tales actos para expulsarlos del ordenamiento jurídico mediante la “acción de lesividad”.

Estima el juez de segunda instancia que la administración no puede caer en la política del “fin justifica los medios” y que si las administraciones anteriores habían cometido yerros al crear y vincular ilegalmente empleados en cargos públicos, esto no era imputable a éstos y dichos actos se encontraban amparados por la presunción de validez, hacen parte del ordenamiento jurídico vigente y son obligatorios, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa administrativa. Así mismo, resalta que tales actos crearon una situación jurídica particular y concreta a favor de la accionante, y que de ninguna forma la alcaldía acogiendo unas recomendaciones de la Secretaría de Hacienda Municipal o del Grupo de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda, podía desvincular a la actora en la forma como lo hizo, por cuanto dicho cargo no es de los de libre nombramiento y remoción que le concede al nominador cierta

discrecionalidad tanto para su nombramiento como para su retiro.

Consideró el ad-quem que las alternativas planteadas por los organismos de vigilancia y control, como la revocatoria de los actos de nombramiento de conformidad con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo o la declaratoria de insubsistencia debidamente motivada, pueden ser válidas para la desvinculación de personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción más no para quienes desempeñan cargos de carrera como es el caso de la accionante.

Por estas razones concluye el juez de segunda instancia que se vulneró el derecho al debido proceso y como parte de éste del derecho de defensa de la actora, lo cual trasciende a la esfera de los demás derechos fundamentales que invoca la tutelante, ya que si bien “comparte plenamente las razones de la administración para ajustar su planta de personal a la Constitución, la ley y las exigencias del servicio, (...) para ello debe buscar los medios más idóneos, que propendan por la realización de los fines de la administración y que en todo caso, no vulneren derechos fundamentales de quienes deben ser retirados como consecuencia de ello (...)”, por lo cual decide revocar la decisión impugnada y proteger el derecho fundamental al debido proceso como mecanismo transitorio hasta tanto la accionante impetre la correspondiente Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. El problema jurídico y esquema de resolución

En la presente revisión de tutela corresponde a la Corte determinar si la Alcaldía Municipal de Cartago-Valle, al expedir la Resolución N°. 00218 del 28 de enero de 2008, por medio de la cual la administración municipal declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora Gómez Gaviria, vulneró los derechos fundamentales de esta última, al desconocer el debido proceso y el derecho de defensa de la accionante, el derecho al trabajo y estabilidad laboral y los derechos al mínimo vital y a la salud. Preliminarmente, esta Corte establecerá la procedencia de la presente acción de tutela para posteriormente y en caso de que se verifique que sí es procedente, analizar la vulneración de los derechos fundamentales de la actora.

Para resolver el anterior problema, esta Corte analizará (i) en primer lugar, el problema de la estabilidad laboral de la provisionalidad en los cargos de carrera administrativa; (ii) en segundo lugar, la protección al debido proceso y el derecho de defensa en la declaración de insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad y la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación; (iii) en tercer lugar, la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos y el perjuicio irremediable; y (iv) en cuarto lugar, se entrará a estudiar y a resolver el caso concreto.

2. LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS QUE OCUPAN EN PROVISIONALIDAD CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En reiterada y consolidada jurisprudencia de esta Corporación, tanto en decisiones de constitucionalidad como en decisiones de revisión de tutela, se ha sostenido que la estabilidad de los funcionarios que ocupan cargos de carrera no se menoscaba o disminuye por la circunstancia de que se encuentren desempeñando dichos cargos en provisionalidad¹.

La regla general de origen constitucional -art. 125 CN- es que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera, es decir, que su designación y provisión se encuentre determinada por méritos a través de la realización de un concurso público². La propia legislación prevé dos formas de acceso o nombramiento en los cargos de carrera: el nombramiento en propiedad, derivado de la selección a través de un concurso de méritos, o el nombramiento en provisionalidad, el cual se hace condicionado a que se efectúe la selección por concurso de méritos y en consecuencia el respectivo nombramiento en propiedad, o con el fin de reemplazar vacancias temporales o definitivas de los servidores públicos que se encuentran nombrados en propiedad para tales cargos³.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, mediante la cual se desarrollan los postulados contenidos en la disposición constitucional sobre carrera administrativa, ésta “es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer, estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar ese objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará

exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”

Por tanto, las excepciones al principio general de carrera administrativa deben ser establecidas expresa y taxativamente por la Constitución y la Ley. Así, el mismo artículo 125 dispone un conjunto de empleos que, por su naturaleza, no deben ser proveídos por medio del sistema de carrera administrativa, como los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, tienen, cada uno, un sistema diferente de acceso, permanencia y retiro.

De este modo, una de las excepciones permitidas por la Carta Política a la regla general de carrera administrativa es la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción, que por definición legal y la naturaleza propia de sus funciones demandan una confianza plena y por tanto se encuentran sometidos a las exigencias discrecionales del nominador⁴.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que mientras los cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral mayor en cuanto los funcionarios que ocupan dichos cargos no pueden ser desvinculados del servicio sino sólo con fundamento en razones objetivas de la administración, tales como las causales previstas en la ley, el desempeño insatisfactorio de las funciones públicas o como consecuencia de sanciones de carácter penal o disciplinario, los cargos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por una estabilidad laboral precaria en cuanto dependen de la discrecionalidad del nominador, quien puede desvincularlos o declararlos insubsistentes sin necesidad de fundamentar con razones y motivos su decisión mediante el acto administrativo correspondiente⁵.

Por el carácter excepcional de los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales constituyen una excepción a la regla general de carrera administrativa, como se mencionó, la creación de estos cargos debe cumplir ciertos requisitos tanto formales como sustanciales, como que (i) tienen que ser de creación legal y estar expresa y taxativamente señalados por el Legislador; (ii) tiene que estar en consonancia con el marco constitucional y legal y de conformidad con los valores, principios y derechos de rango constitucional, así

como encontrarse en armonía con el sistema general de carrera consagrado en el artículo 125 Superior; y (iii) tiene que atender a razones suficientes de la administración pública⁶⁷.

Ahora bien, en relación con los cargos en provisionalidad, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa al afirmar que la estabilidad laboral propia de los cargos de carrera son plenamente aplicables a los cargos en provisionalidad a diferencia de lo que sucede con la estabilidad laboral precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción.

En este sentido esta Corte ha afirmado:

“Ahora bien, la ley ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales, “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”.⁸

“Respecto a esta particularidad la Corte ha considerado que, pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción.⁹ En tal sentido esta Corporación ha reiterado que “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”.¹⁰ Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” ¹¹

En otra oportunidad señaló esta Corporación:

“La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto

que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera en cargo de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.”¹²

Por estas razones es que la Corte ha diferenciado claramente entre la estabilidad precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción y la estabilidad de los cargos de carrera administrativa en provisionalidad a los cuales se les aplica los mismos criterios de estabilidad que a los cargos de carrera administrativa, por lo cual éstos no pueden equipararse¹³. Reitera por tanto esta Sala que una consideración contraria respecto de la estabilidad de los cargos de carrera en provisionalidad significaría la desnaturalización de la figura de la provisionalidad, lo cual conlleva una grave e injustificada afectación de los derechos y garantías laborales de los servidores públicos.

Las consideraciones que hasta ahora han sido anotadas por esta Sala de revisión cobran importancia en el presente asunto en cuanto permiten esclarecer el contexto jurídico dentro del cual se inscribe la prestación de los servicios por parte de una funcionaria que se encontraba desempeñando en provisionalidad un cargo de carrera, razón por la cual esta servidora tiene derecho a demandar de la Administración Municipal la justificación de los motivos por los cuales ha sido adoptada la decisión de la insubsistencia de su nombramiento, lo cual no resultaría exigible de tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, como ha sido señalado en varias oportunidades por esta Corporación¹⁴.

De conformidad con lo expuesto, pasa la Sala a estudiar el requisito de motivación para los actos administrativos mediante los cuales se decide la desvinculación o insubsistencia de un funcionario público nombrado en provisionalidad.

3. LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD Y LA NECESIDAD DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

En reiterada y consolidada jurisprudencia esta Corporación se ha establecido que en

aquellos casos de provisionalidad en cargos de carrera administrativa es necesario que el acto administrativo mediante el cual se decide la desvinculación del funcionario público o se declara la insubsistencia del cargo o el nombramiento del funcionario, dicho acto sea motivado con el fin de que se respete el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario¹⁵. Por lo tanto, la Sala en esta oportunidad reiterará los criterios y elementos esenciales de la jurisprudencia establecida por la Corte sobre la materia.

En este sentido, ha sostenido esta Corte que si bien la administración pública puede realizar nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, de conformidad con la Constitución y la ley, entre otros fines para lograr una eficiente prestación del servicio y de evitar parálisis en la administración pública¹⁶, una vez hecho esto, no puede proceder a la desvinculación del funcionario público sin que el acto administrativo que declara su desvinculación o insubsistencia se encuentre debidamente motivado¹⁷.

Lo anterior, con el fin de evitar arbitrariedad por parte de la administración, la cual no puede confundirse con discrecionalidad¹⁸, por lo cual es imprescindible que los actos de la administración relativos a desvinculación o insubsistencia de funcionarios públicos estén motivados. En este sentido la Corte ha sostenido:

“Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

(...)

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en

su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para 'actuaciones judiciales y administrativas', porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.

(...)

El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229)". 19

De manera especial ha insistido esta Corporación en que el deber de la administración pública de motivar sus decisiones, mediante las cuales se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera, se extiende a aquellos casos en que la persona desvinculada estuviere ocupando el cargo de manera provisional y que si se omite tal deber se viola el derecho al debido proceso del trabajador y el derecho de defensa.

En relación con esto último, la Corte ha establecido que la falta de motivación del acto

administrativo mediante el cual se decide la desvinculación o insubsistencia de un funcionario público en provisionalidad, coloca en estado de indefensión a éste, impidiéndole conocer las razones por las cuales fue desvinculado o declarado insubsistente, y de contera, impidiéndole implementar su derecho de defensa, razón por la cual con tal actuación la administración vulnera flagrantemente el debido proceso y el derecho de defensa del servidor público.²⁰

Sobre este tema esta Corporación en sentencias T-951 de 2004, T-1159 del 2005, T-838 del 2007, T-010-08, ha realizado una síntesis de la jurisprudencia de la Corte en esta materia sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, en donde se evidencia que esta Corporación en todas sus Salas ha sostenido que el derecho al debido proceso administrativo involucra la garantía que cobija a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de ser desvinculados mediante resolución motivada.

En este mismo sentido esta Corte ha hecho énfasis en que la estabilidad laboral para los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza a través del deber de motivación de la administración en caso de desvinculación por cuanto implica simultáneamente una garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso evitando de ese modo la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas²¹.

Igualmente, esta Corte ha establecido que la necesidad de motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de funcionarios de carrera en provisionalidad es indispensable aún en los casos de que la decisión de desvinculación obedezca a un proceso de reestructuración en la administración²².

De todo lo expuesto se colige la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha conferido, en general, a la necesidad de motivar los actos administrativos y, en particular, a los actos orientados a desvincular funcionarios que ocupan cargos de carrera, cuestión que se extiende también a los procesos de desvinculación de personas que ocupan tales cargos en provisionalidad.

La jurisprudencia en materia de tutela ha ido de la mano del análisis de constitucionalidad abstracto que ha abordado asuntos semejantes a la necesidad de motivar la desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera y están nombrados en provisionalidad. En efecto, en la Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se analizaba la constitucionalidad de la expresión sin motivar la providencia contenida en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, pues según el demandante desconocía el debido proceso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción toda vez que admitía su desvinculación arbitraria por parte de la administración, la Corte analizó la necesidad de motivar el acto administrativo para conjurar la arbitrariedad²³. En pronunciamientos más recientes de constitucionalidad -Sentencia C-279 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa-, esta Corte ha reiterado que la regla general es la necesidad de motivar los actos administrativos, salvo las excepciones consagradas de manera expresa en la ley, regla que se entiende como una consecuencia directa del Estado Social de Derecho, pues solo de esta manera los jueces pueden realizar el control que les corresponde sobre los mismos, y verificar si los funcionarios competentes para la expedición de estos, cumplieron con los requisitos plasmados en la ley para tal efecto y si por tanto, se ajustan o no al ordenamiento jurídico y por ello deben permanecer en él o no²⁴.

Finalmente y en relación con las características de la motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte ha establecido que para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. Ha considerado este Tribunal que para que se considere motivado un acto administrativo de desvinculación o insubsistencia no es suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular y concreto del servidor público afectado, o que se utilicen expresiones formales tales como “por los motivos expresados” para proceder a desvincular al funcionario²⁵.

Con base en lo expuesto hasta aquí y de conformidad con la anterior compilación jurisprudencial se puede concluir que (i) la regla general en la administración pública es la carrera administrativa; (ii) que la propia Constitución y la ley prevén algunas

excepciones taxativas a esta regla general, una de las cuales es el nombramiento en provisionalidad; (iii) que los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no son asimilables a los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos -taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o *in tuitu personae* y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (iv) que a los funcionarios en provisionalidad les es aplicable las reglas y criterios de estabilidad laboral que tienen los funcionarios en carrera y por tanto no se les puede desvincular o declarar insubsistentes sino con fundamento en actos administrativos debidamente motivados; (v) que por tanto, la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es no sólo indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa, sino que es necesario que dicha motivación sea clara, detallada y precisa, no bastando por tanto enunciados meramente formales, sino siendo necesario una motivación sustancial, esto es, que cumpla con una exposición de razones.

Pasa la Sala a analizar la procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos de desvinculación y la configuración de perjuicio irremediable.

4. PROCEDENCIA DE LA TUTELA Y PERJUICIO IRREMEDIABLE

En igualmente numerosa, reiterada y consolidada jurisprudencia constitucional²⁶, este Tribunal se ha pronunciado (i) sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en general; (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos de desvinculación de funcionarios públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa por falta del requisito de subsidiariedad; (iii) sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando no ha existido una debida motivación del acto administrativo por medio del cual se desvincula al funcionario público en provisionalidad y la orden de motivación a la administración; y (iv) sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se configura un perjuicio irremediable y la procedencia sólo en estos casos de la orden de reintegro.

4.1. Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela esta Corporación ha sostenido y reiterado los requisitos generales para la misma. La acción de tutela (Art. 86 C.P.), es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares²⁷, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales.²⁸

En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.³² Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”³³ a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”.³⁴

Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos“(a)el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.³⁵” Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es conducente o no para la defensa de los derechos que se estiman lesionados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de desvinculación de funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera administrativa

En relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos mediante los cuales se declara la insubsistencia del nombramiento del funcionario público nombrado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, la Corte ha reiterado que en principio no es la tutela la vía adecuada para dirimir esta controversia en cuanto la persona afectada puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del acto y mostrar que la administración incurrió en una desviación de poder, pero que en consonancia con esto mismo,

en aquellos casos en que no se haya motivado el acto administrativo que declara la desvinculación, la tutela es el medio adecuado para obtener la motivación del acto administrativo de desvinculación, ordenando en estos casos la Corte la motivación del acto³⁷.

Sobre este tema en Sentencias T-010-07 y T-384-07 esta Corte reiteró:

“cuando se trata de derechos fundamentales de las personas que son amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, esta Corporación ha considerado como regla general, que la tutela es improcedente, dado que existen normalmente otros mecanismos ordinarios de defensa judicial que resultan aptos para asegurar la protección de los derechos alegados. Igualmente se ha resaltado que la tutela no es, en términos generales, el medio judicial para desvirtuar la validez de un acto administrativo de desvinculación.³⁸”³⁹

“En el mismo sentido se ha establecido que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la motivación de un acto administrativo que desvincula a un funcionario público.⁴⁰ En los eventos en que se ha encontrado procedente tutelar el derecho al debido proceso la Corte ha ordenado a la entidad correspondiente que motive el acto administrativo. Si no lo motiva se ha entendido como una aceptación de que no existe razón alguna para la desvinculación y se ha ordenado el reintegro⁴¹. No obstante, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro de un funcionario que ha sido separado de su cargo a menos que logre demostrar un perjuicio irremediable⁴² o que la desvinculación constituya una vulneración a la estabilidad reforzada de un sujeto de especial protección como lo es la madre cabeza de familia.”⁴³

En pronunciamiento más reciente -Sentencia T-010-08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra-, la Corte reiteró la línea jurisprudencial de este Tribunal en esta materia:

“. Jurisprudencia constitucional relativa a la procedencia de la acción de tutela interpuesta en el caso de despido sin motivación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración de jurisprudencia.

En reciente pronunciamiento contenido en la Sentencia T-729 de 200744, esta Sala de Revisión recordó la línea jurisprudencial sentada por la Corte, en torno al asunto de la procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta en el caso de despido sin motivación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. Jurisprudencia que ahora considera oportuno reiterar. Dijo entonces la Corte:

4.1 Un primer asunto que la jurisprudencia constitucional ha estudiado en relación con el despido sin motivación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera es el relativo a la procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta para la protección de los derechos de servidor público así retirado del servicio. Al respecto ha hecho la siguiente distinción: para la exigir únicamente la motivación del acto administrativo, la acción de tutela procede directamente, es decir, sin necesidad de acudir previamente a otros mecanismos alternos de defensa judicial; en cambio, para lograr el reintegro al cargo y la indemnización correspondiente, la acción de tutela no procede como mecanismo principal de defensa judicial, sino como mecanismo subsidiario; en tal virtud, para este propósito es menester agotar primero los mecanismos ordinarios de defensa judicial a favor del perjudicado, concretamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que la protección se pida como mecanismo transitorio para evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual esta última circunstancia debe ser alegada y estar demostrada dentro del proceso.” (resaltado por la Sala)

En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Corte también ha sido clara al establecer que la tutela no es en principio el mecanismo de defensa idóneo para lograr el reintegro inmediato al cargo que ocupaba el funcionario público, y que sólo procede de manera excepcional en caso de que se configure un perjuicio irremediable. Sobre la

improcedencia general de la acción de tutela para ordenar el reintegro inmediato al cargo de carrera en provisionalidad y su excepcionalidad sólo en el caso de perjuicio irremediable, la Corte ha estimado:

“. Improcedencia general para ordenar el 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 ordinario⁴⁵

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. (...)

4.1. Sin embargo, (...) la Corte Constitucional admitió que sólo por excepción procedería la tutela como mecanismo transitorio, si se comprobaba la existencia de un perjuicio irremediable.

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.”⁴⁶ (negrilla resaltada por la Sala)

De conformidad con lo anterior, entrará la Sala a analizar brevemente los requisitos establecidos por esta Corte para la configuración del perjuicio irremediable.

4.3 El perjuicio irremediable

Sobre la configuración del perjuicio irremediable para la procedencia de la acción de tutela esta Corte ha sostenido que se requiere que se acredite concurrentemente, (1) que el perjuicio que se alega es inminente, es decir que, “amenaza o está por suceder prontamente”.⁴⁷ En otras palabras, que no se trata de una expectativa hipotética de daño sino que de acuerdo a evidencias fácticas que así lo demuestren, de no conjurarse la causa perturbadora del derecho, el perjuicio alegado es un resultado probable. (2) Se requiere que las medidas necesarias para impedir el perjuicio, resulten urgentes; esto es, que la respuesta a la situación invocada exija una pronta y precisa ejecución o remedio para evitar tal conclusión, a fin de que no se de “la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁴⁸; y (3) que el perjuicio sea grave, es decir, que afecte bienes jurídicos que son “de gran significación para la persona, objetivamente”,⁴⁹ lo que implica que sean relevantes en el orden jurídico, material y moral⁵⁰, y que la gravedad de su perturbación sea determinada o determinable.⁵¹

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en eventos relacionados con la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, debe señalarse que con base en el artículo 86 de la Carta, y en los artículos 652, 753 y 854 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha resaltado, que de configurarse el perjuicio irremediable, “el juez de tutela pued[e] suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.⁵⁵

4.4 En síntesis, de lo anteriormente expuesto esta Sala concluye, reiterando así la jurisprudencia de la Corte en materia de procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos que declaren insubsistencias que:

(ii) Como excepción a la regla general, esta Corte reconoce la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos casos cuando el nominador procede a desvincular a un funcionario público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad sin que se haya motivado debidamente el acto administrativo correspondiente, por encontrar que con dicha actuación administrativa se vulneran los derechos al debido proceso en su modalidad de derecho de defensa del funcionario y que la tutela es el único medio con que cuentan en estos casos los funcionarios para hacer valer tales derechos fundamentales.

(iii) La regla jurisprudencial consolidada establece la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en los cuales se configura un perjuicio irremediable y que sólo en estos eventos procede la tutela para ordenar el reintegro del funcionario público al cargo del cual fue desvinculado como medida provisional.

(iv) En cuanto al perjuicio irremediable esta Sala reitera el criterio jurisprudencial relativo a que este se configura cuando se logra demostrar que el daño que se alega es inminente, grave y requiere una toma de medida urgente para conjurarlo.

Sentadas las anteriores reglas jurisprudenciales, esta Sala debe entrar a determinar en primer término, si la presente acción de tutela es procedente, verificando para ello si la actora cuenta con algún mecanismo alternativo de defensa judicial idóneo, que haga improcedente la acción de tutela; o si existiendo tal mecanismo, está demostrado dentro del proceso el perjuicio irremediable que alega la actora para hacer procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

5. El caso concreto

5.1 La actora en el presente trámite de tutela se vinculó a la administración municipal de Cartago- Valle, en primer lugar, en el cargo de Técnico código 401-08 de la alcaldía municipal de Cartago -Valle, en el cual fue nombrada en provisionalidad mediante la Resolución N°. 397 del 13 de diciembre de 2002, del cual tomó posesión el 13 de diciembre de 2002, según Acta de Posesión No. 102 del 13 de diciembre de 2002.

Mediante Resolución municipal No. 173 de mayo 20 de 2002, se creó el Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago, Valle del Cauca, de conformidad con la Ley 734 de 2002.

Mediante la Resolución Municipal No. 059 del 07 de marzo de 2005, se resolvió asignar la coordinación y responsabilidad del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago -Valle a la peticionaria, abogada Mónica Marcela Gómez, quien se desempeñaba para ese entonces en el cargo de Profesional Universitaria de la Planta Global al cual había sido designada.

Posteriormente, a través de la Resolución Municipal No. 711 del 01 de noviembre de 2006, la administración municipal decidió asignar la coordinación del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario de la alcaldía municipal de Cartago -Valle al Secretario de Servicios Administrativos, y comisionar para el trámite e impulsión de los procesos disciplinarios a la actora como Profesional Universitario código 340-04.

Mediante Resolución No. 00218 del 28 de enero de 2008 fue declarado insubsistente el nombramiento de la actora como Profesional Universitario de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cartago - Valle.

Contra la anterior Resolución la actora interpone recurso de reposición el cual fue resuelto por la administración municipal mediante la Resolución N° 497 del 27 de marzo de 2008, en la cual el municipio de Cartago-Valle decide confirmar en todas sus partes la Resolución No.00218 de enero 28 de 2008, emanada de la Alcaldía Municipal de Cartago, Valle del Cauca.

5.2 Considera la peticionaria que dicha declaración de insubsistencia viola flagrantemente sus derechos al debido proceso y defensa, al trabajo y estabilidad laboral, a la salud y al mínimo vital.

Agrega la accionante que es una mujer de 31 años de edad, que se vinculó a la administración municipal hace 5 años, que es separada de hecho hace 9 años y divorciada sólo hace tres o cuatro años, y que tiene un hijo de 9 años, y que vive con sus padres quienes son personas de la tercera edad.

Menciona así mismo la actora que en el mes de noviembre de 2004 cuando se encontraba vinculada laboralmente al municipio de Cartago - Valle, le fue detectada una enfermedad renal de "cálculo coraliforme derecho sin obstrucción", razón por la cual ha tenido que ser intervenida quirúrgicamente en varias ocasiones. Anota la accionante que desde el momento de su vinculación a la administración municipal de Cartago-Valle se encuentra afiliada a la E.P.S. y a Medicina Prepagada Colsánitas, entidad que ha asumido el costo y cubrimiento "de todo el tratamiento médico diagnosticado para mi enfermedad renal".

5.3 Encuentra la Sala que la actora se vinculó a la administración municipal en un

cargo en provisionalidad y que para el momento en el que se encontraba como Profesional Universitaria de la Planta Global fue designada para ser Coordinadora del Grupo Especial de Control Interno Disciplinario, cargo del cual pasó a ser comisionada como Profesional Universitaria del Grupo de Control Interno Disciplinario, nombramiento éste último que fue declarado insubsistente por la administración municipal mediante la Resolución No. 00218 de enero 28 de 2008.

5.4 De conformidad con lo expuesto en la parte motiva y considerativa del presente fallo, en relación con la estabilidad de los cargos de carrera en provisionalidad, el requisito de motivación para los actos administrativos de desvinculación de cargos de carrera en provisionalidad, así como respecto de la procedencia de la tutela y el perjuicio irremediable, debe determinar esta Sala primeramente la procedencia de la presente tutela, para posteriormente si es procedente entrar a determinar la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Para determinar la procedencia de esta tutela, debe esta Sala determinar tres aspectos: (i) si el presente trámite cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la tutela; (ii) si en el presente caso de tutela se evidencia la falta de motivación del acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de la actora, caso en el cual sería procedente la tutela; y (iii) si en el presente trámite de tutela se configura perjuicio irremediable para hacer procedente la tutela como mecanismo transitorio.

5.4.1 En cuanto a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, como quedó anotado en la parte motiva y considerativa de este fallo, la tutela es un mecanismo residual y subsidiario que sólo procede cuando (1) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (ii) la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Sala reitera así mismo, que en aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, se debe establecer la idoneidad del mecanismo de protección

alternativo supone en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.

En el caso en concreto que nos ocupa encuentra la Sala que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo por cuanto la actora cuenta con la vía judicial de lo contencioso administrativo para impugnar el acto administrativo o Resolución No. No.00218 de enero 28 de 2008, emanada de la Alcaldía Municipal de Cartago-Valle del Cauca, mediante la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento. Igualmente constata la Sala que la actora ya hizo uso del medio de defensa que le ofrecía la vía gubernativa interponiendo recurso de reposición contra la Resolución en cuestión, recurso que fue resuelto mediante Resolución N° 497 del 27 de marzo de 2008, en la cual el municipio de Cartago-Valle decide confirmar en todas sus partes la Resolución No.00218 de enero 28 de 2008.

Considera así mismo esta Sala que el medio de defensa judicial por la vía contenciosa administrativa con que cuenta la peticionaria es la vía idónea para resolver de manera definitiva la cuestión jurídica planteada por la peticionaria en cuanto a la existencia de justa causa de la desvinculación, desvío de poder o arbitrariedad por parte de la administración municipal, y establecimiento de los derechos de la actora.

Por esta razón considera esta Sala de Revisión que el presente trámite de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad para ser procedente, razón por la cual pasará la Sala a considerar si la acción de tutela procede de manera excepcional en este caso, determinando si no se cumplió con la exigencia de motivación de los actos administrativos de desvinculación de cargos en provisionalidad y si se configura un perjuicio irremediable para hacer procedente la presente tutela como mecanismo transitorio.

5.4.2 En relación con el cuestionamiento planteado respecto de la motivación del acto administrativo de desvinculación, encuentra esta Sala de Revisión que el acto administrativo de la alcaldía municipal de Cartago-Valle, Resolución No.00218 de enero 28 de 2008- mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora como profesional universitaria, cumplió con la exigencia de motivación de acuerdo con la

jurisprudencia de esta Corte, expuesta en la parte motiva y considerativa de este fallo, exigencia dirigida a garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de los funcionarios públicos en cargos de carrera, en este caso en provisionalidad.

En efecto en la Resolución en cuestión la administración municipal de Cartago-Valle se afirmó -cita in extenso-:

“CONSIDERANDO

1. Que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 122, establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

2. Que la Alcaldía Municipal de Cartago, nombró al señor (a) MONICA MARCELA GOMEZ GAVIRIA, como TECNICO y posteriormente designada

PROFESIONAL UNIVERSITARIO, prestando sus servicios en la Secretaria de Servicios Administrativos, y con cargo a Recursos de Inversión, como es, Umata.

3. Que no es viable continuar con la vinculación laboral del citado Servidor Público, en razón a que la Alcaldía Municipal de Cartago, de acuerdo a las competencias, responsabilidades y la prestación normal del servicio público, no es posible mediante Recursos de Inversión Pública, Mantenimiento e Infraestructura Vial, cubrir sus emolumentos, según las Normas Jurídicas de Administración Pública, de Presupuesto de Gastos de Funcionamiento aplicables a la Entidad.

4. Que según informe reciente elaborado por la Secretaría de Hacienda de esta Alcaldía, fundamentado en el Presupuesto Municipal, la Planta de Personal, y en las actividades desempeñadas por los servidores públicos, demostró la existencia de un total de 7 servidores públicos, entre ellos, el (la) señor (a) MÓNICA MARCELA GOMEZ GAVIRIA, que se encuentran en la situación de estar laborando en las distintas dependencias de la Administración Municipal y que venía siendo cancelados con recursos de inversión, Umata, sin que dentro de las labores desempeñadas, guarde relación alguna con la destinación dada en el Presupuesto Municipal.

5. Que la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el Memorando de agosto 27 de 2007, “informe de reconocimiento institucional - Municipio de Cartago (Valle del Cauca), agosto de 2007, efectuó un análisis organizacional de la Estructura Administrativa y de la Planta de Cargos, señalando la necesidad de prescindir de personal.

6. Que el Municipio de Cartago no puede superar los límites de los gastos de funcionamiento, señalados en el artículo 6º de la Ley 617 de 2000.

7. Que es deber de las autoridades públicas velar por la correcta administración del recurso humano y la debida ejecución de recursos públicos, de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales.

8. Que existe en el Presupuesto Municipal, el programa para cubrir las acreencias derivadas de la desvinculación.

9. Que la Honorable Corte Constitucional, tiene establecido que el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento debe ser debidamente motivado.

Por lo expuesto,

RESUELVE:

(...)”

Evidencia por tanto esta Sala que la resolución que declara la insubsistencia del cargo de la actora como Profesional Universitario del Grupo de Control Interno de la Alcaldía Municipal de Cartago se encuentra debidamente motivada, por cuanto la administración municipal señala las razones de manera clara, detallada y precisa, como lo exige la jurisprudencia constitucional, con fundamento en las cuales toma la decisión de declarar la insubsistencia del nombramiento de la Señora Gómez Gaviria.

En efecto, las razones expuestas por la administración municipal obedecen al cuestionamiento respecto de la constitucionalidad y legalidad del cargo respectivo, así como al cubrimiento de dicho cargo con recursos provenientes de rubros de inversión. Estas razones se encuentran sustentadas por la administración municipal con base en

informes, estudios y recomendaciones elaboradas y presentadas a la Alcaldía Municipal de Cartago-Valle por parte de la Secretaría de Hacienda de dicha alcaldía, por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y por la Contraloría Delegada para Gestión Pública e Instituciones Financieras. Así mismo, obra en el expediente información acerca de investigaciones penales, disciplinarias y fiscales que se encuentran en curso por estos mismos hechos en los organismos de investigación, vigilancia y control correspondientes.

De conformidad con lo anterior, encuentra esta Sala de Revisión que en el presente caso el acto administrativo mediante el cual se decidió la desvinculación de la accionante de la administración municipal de Cartago-Valle se encuentra debidamente motivado, razón por la cual colige esta Sala que la presente acción de tutela es igualmente improcedente. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que, como se anotó, en este caso la Alcaldía se basó en estudios y recomendaciones realizadas tanto por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de la Alcaldía Municipal, de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y por la Contraloría Delegada para Gestión Pública, y que los hechos relacionados con el presente caso de tutela se encuentran siendo investigados por las autoridades de investigación, vigilancia y control correspondientes, por presuntas irregularidades de la administración municipal tanto en la creación de cargos, como en los nombramientos y en los pagos de salarios con cargo a recursos de inversión.

5.4.3 Finalmente, entra esta Sala a determinar si en el presente caso se configura un perjuicio irremediable que haga procedente la concesión de la protección tutelar como mecanismo transitorio.

Como quedó expuesto en la parte motiva y considerativa de este fallo, la Corte ha considerado que la tutela no es en principio el mecanismo idóneo para controvertir actos administrativos de desvinculación o insubsistencia y de reintegro a cargos en la administración pública, por cuanto en estos casos las personas cuentan con otros mecanismos de defensa judicial por la vía contenciosa administrativa. Así mismo, esta Corte ha establecido que la acción de tutela sólo procede de manera excepcional en

aquellos eventos en los que se configure un perjuicio irremediable.

En este caso específico la actora interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio, alegando la configuración de un perjuicio irremediable, razón por la cual entra la Sala a determinar la configuración del mismo.

A este respecto reitera la Sala el perjuicio irremediable para la procedencia de la acción de tutela requiere que se acredite simultáneamente (1) que el perjuicio que se alega es inminente, es decir que, “amenaza o está por suceder prontamente” o que no se trata de una expectativa hipotética de daño sino que de acuerdo a evidencias fácticas que así lo demuestren, de no conjurarse la causa perturbadora del derecho, el perjuicio alegado es un resultado probable. (2) Se requiere así mismo que las medidas necesarias para impedir el perjuicio, resulten urgentes; esto es, que la respuesta a la situación invocada exija una pronta y precisa ejecución o remedio para evitar tal conclusión, a fin de que no se de “la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁵⁶; y (3) que el perjuicio sea grave, es decir, que afecte bienes jurídicos que son “de gran significación para la persona, objetivamente”,⁵⁷ lo que implica que sean relevantes en el orden jurídico, material y moral⁵⁸, y que la gravedad de su perturbación sea determinada o determinable. ⁵⁹

De configurarse el perjuicio irremediable el juez de tutela puede suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) o puede ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este caso concreto, concluye la Sala que tampoco procede la presente tutela por configurarse un perjuicio irremediable, en razón a que no se encuentra demostrado dentro del expediente que la actora se encuentre a punto de sufrir un daño inminente y grave el cual amerite una medida urgente por parte del juez de tutela respecto de su derecho al trabajo, derecho a la salud, de su mínimo vital o condición de sujeto de especial protección constitucional o por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta o vulnerabilidad.

En efecto, considera esta Sala que la presente tutela no es procedente como mecanismo transitorio por configurarse un perjuicio irremediable por cuanto no se evidencia un daño

inminente y grave a los derechos fundamentales invocados por la actora, al debido proceso y derecho de defensa, al derecho al trabajo y estabilidad laboral, a la salud y al mínimo vital, que amerite ordenar el reintegro de la funcionaria a la administración municipal.

En este sentido encuentra la Sala que no es procedente la presente acción de tutela por la ocurrencia de un daño inminente y grave a la actora relativo a la vulneración al debido proceso y derecho de defensa, por cuanto como ya se anotó en el acápite anterior, el acto administrativo de la alcaldía municipal de Cartago-Valle, mediante el cual se declara la insubsistencia del nombramiento de la actora como profesional universitario del Grupo de Control Interno de la administración municipal de Cartago-Valle, se encuentra debidamente motivado, y por tanto la actora conoce las razones de su declaratoria de insubsistencia y ha podido ejercer debida y oportunamente su derecho de defensa tanto por medio de la vía gubernativa, como también enervar las acciones correspondientes por la vía ordinaria de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así mismo, encuentra la Sala que por estas mismas razones, no se evidencia en el presente caso un daño inminente y grave a la actora relativo a la vulneración del derecho al trabajo o a la estabilidad laboral, por cuanto como quedó expuesto en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, los funcionarios que se encuentran ocupando cargos de carrera en provisionalidad gozan también de estabilidad laboral, razón por la cual la jurisprudencia de esta Corte ha exigido que la desvinculación o la insubsistencia del funcionario mediante acto administrativo debe estar debidamente motivado, como efectivamente ocurrió en el presente caso.

Finalmente no encuentra esta Sala evidencia respecto de vulneración del derecho a la salud de la actora, que cause un daño inminente y grave a la peticionaria, por cuanto como la misma ciudadana lo reconoce, ésta viene siendo atendida debidamente por su EPS por los problemas renales que reporta en el expediente, y de conformidad con la jurisprudencia de esta misma Corporación a la actora le asiste el derecho a seguir siendo atendida por su EPS hasta completar su tratamiento, lograr su mejoría o recuperar su salud, atención que no puede ser interrumpida por su EPS debido al hecho de su desvinculación como funcionaria de la administración municipal. Por tanto, no encuentra esta Sala una vulneración al derecho a la salud de la actora, por cuanto este derecho

viene siendo protegido y garantizado por parte de su EPS.

De otra parte esta Sala tampoco advierte la configuración de un daño inminente y grave respecto del mínimo vital de la actora, en razón a que no se encuentra probado dentro del expediente una tal afectación, en primer lugar, por cuanto de las pruebas allegadas al expediente se colige que a la actora se le han cancelado todos los emolumentos derivados de su trabajo, así como las prestaciones sociales legales correspondientes; y en segundo lugar, por cuanto en el presente caso se trata de una profesional del derecho que puede continuar ejerciendo su profesión. Igualmente encuentra la Sala que de las pruebas aportadas dentro del presente trámite de tutela no se colige que la actora sea un sujeto de especial protección constitucional o se encuentre en un estado de debilidad manifiesta o vulnerabilidad.

5.4.4. De todo lo anterior deduce esta Sala que en el presente caso no procede la acción de tutela por cuanto (i) no cumple con los requisitos de procedibilidad exigidos para esta acción, especialmente el requisito de subsidiariedad, en razón a que la actora cuenta con otros medios idóneos de defensa para proteger sus derechos, y el requisito de vulneración de derechos fundamentales, ya que no se evidencia la vulneración del derecho al debido proceso y el derecho de defensa, ni al trabajo ni estabilidad laboral, ni a la salud y mínimo vital de la actora; (ii) tampoco procede la acción de tutela de manera excepcional debido a que en el presente caso el acto administrativo por medio del cual la administración resuelva la insubsistencia del nombramiento de la actora se encuentra debidamente motivado, razón por la cual no se observa vulneración alguna al debido proceso y derecho de defensa; y (iii) finalmente tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable por cuanto no se logra probar dentro del expediente la inminencia y gravedad de un daño irremediable para la actora.

Por consiguiente, esta Sala revocará la decisión adoptada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago-Valle del Cauca, mediante la sentencia No. 017 del 19 de junio de 2008, para en su lugar confirmar el fallo dictado por el Juez Segundo Civil Municipal de Cartago-Valle que declara improcedente la tutela impetrada por la señora Mónica Marcela Gómez Gaviria en contra del Municipio de Cartago-Valle.

IV. DECISIÓN

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia No. 017 del 19 de junio de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago - Valle del Cauca, mediante la cual se revoca la Sentencia No.043 del 9 de mayo de 2008, proferida a su vez por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartago -Valle, y se tutela de manera provisional el derecho fundamental al debido proceso de la señora Mónica Marcela Gómez Gaviria, dejando sin efectos la Resolución No. 00218 del 28 de enero de 2008 y se ordena al alcalde municipal de Cartago-Valle el reintegro de la accionante en el cargo de Profesional Universitario adscrita al Grupo Especial de Control Interno de la Alcaldía de Cartago-Valle.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia No.043 del 9 de mayo de 2008 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartago-Valle, en cuanto declara IMPROCEDENTE la acción de tutela impetrada por la señora Mónica Marcela Gómez Gaviria contra la Alcaldía Municipal de Cartago-Valle, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero.- Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver Sentencias T-884-02, T-752-03, T-951-04, T-1161-04, T-031-05, T-081-05, T-123-05, T-392-05, T-399-05, T-660-05, T-1059-05, T-1162-05, T-1248-05, T-1258-05, T-1310-05, T-1316-05, T-1323-05, T-024-06, T-081-06, T-156-06, T-257-06, T-245-07, T-279-07, T-410-07, T-270-08, entre otras.

2 Sobre el tema de la carrera administrativa como regla general ver Sentencias C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-054 del 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3 Ver Sentencia T-384-07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia T-410-07, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

4 Sobre este tema consultar la Sentencia C-599-00, entre otras.

5 Sobre este punto ver las Sentencias T-610-03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-410-07, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

6 Sentencia SU-250 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero, reiterado en Sentencias T-410-07, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

7 Al respecto ver Sentencia C-191 de 1994 y Sentencia C-292 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño.

8 Sentencia T- 1206 de 2004.

9 Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

10 Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

11 Sentencia T-222 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

12 Sentencia T-410-07, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

13 Ver Sentencia T-270-08, M.P. Jaime Araújo Rentería.

14 Ver Sentencias T-031 de 2005 y T-884 de 2002 entre otras.

15 Acerca de este tema se pueden consultar entre otras las Sentencias T-597-04, T-951-04, T-1240-04, T-031-05, T-054-05, T-123-05, T-132-05, T-161-05, T-248-05, T-374-05, T-392-05, T-660-05, T-696-05, T-1117-05, T-1162-05, T-696-05, T-1059-05, T-1159-05, T-1310-05, T-1316-05, T-1323-05, T-024-06, T-081-06, T-070-06, T-170-06, T-222-06, T-254-06, T-257-06, T-432-06, T-634-06, T-873-06, T-974-06, T-064-07, T-132-07, T-384-07, T-410-07, T-464-07, T-729-07, T-838-07, T-857-07, T-887-07, T-1092-07, T-007-08, T-010-08.

16 Ver Sentencia T-054-05, M.P. Jaime Córdoba Treviño y Sentencia T-384-07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

17 Ver Sentencia T-054-05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 Sobre la diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad ver Sentencia C-031 de 1995 y T-081-06, M.P. Alfredo Beltran Sierra.

19 Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterado en Sentencia T-054 del 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

20 Ver Sentencia T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterado en Sentencia T-1323 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T-081-06, M.P. Alfredo Beltran Sierra y Sentencia T-410-07, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

21 Ver Sentencia T-857-07, M.P. Humberto Sierra Porto.

22 Ver Sentencia T-010-08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Consultar Sentencia C-734 de 2000.

24 Ver Sentencia C-279-07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Ver sentencia C-279 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 Ver Sentencias -1240-04, T-1159-05, T-374-05, T-392-05, T-1159-05, T-1258-05

T-070-06, T-257-06, T-384-07, entre otras.

28 Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

29 Ver entre otras las sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Lo que permite que la tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

31 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

32 El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

33 Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

34 Sentencia T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, citada por la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa sentencia se cita la T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, que señaló lo

siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

36 Ver Sentencia T-007-08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

37 Corte Constitucional, Sentencias T-752 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández. T-1240 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil, T-031 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño, T-1159 de 2005, Marco Gerardo Monroy Cabra.

38 Sentencia T-076 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 Sentencia T-010-07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

40 Ver, entre otras, las sentencias T-1240 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-031 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-610 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia T-257 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa: “para conceder el amparo del derecho al debido proceso por falta de motivación deben cumplirse las siguientes supuestos: (i) que se trate de un funcionario nombrado en provisionalidad; (ii) que el cargo que se ocupe sea cargo de carrera administrativa; (iii) que sea posteriormente desvinculado mediante un acto administrativo no motivado; (iv) que se haya remplazado por un funcionario también nombrado en provisionalidad. La acción de tutela sería el mecanismo judicial idóneo para ordenarle a la administración que cumpla con la obligación de motivar su decisión y de esa forma garantizar los derechos constitucionales del funcionario afectado, entre ellos el derecho a acceder a la justicia contencioso administrativa, para controvertir el acto motivado de desvinculación.”

41 Sentencia T-1240 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil La omisión de motivar el acto administrativo después de una orden judicial “equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada.”

42 Sentencia T-257 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa: “En concordancia con lo

expuesto, esta Corporación ha señalado de manera reiterada que cuando la pretensión de quien ha sido declarado insubsistente es lograr su reintegro, tal solicitud debe tramitarse, en principio, por el mecanismo establecido por el legislador para tal fin, es decir, a través de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho. La posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio es excepcional, para lo cual es necesario establecer la existencia de un perjuicio irremediable y acudir de manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo.” Ver entre otras las siguientes sentencias: SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, en esta sentencia se decidió el caso del Ex-Registrador Nacional Iván Duque Escobar quien alegaba que la designación de una nueva persona en su reemplazo era contrario a la Constitución. La Corte denegó el amparo pues existían otros medios de defensa judicial idóneos y existía un hecho consumado. T-343 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, en esta sentencia se decidió una acción de tutela en la cual se estudiaba la posible violación de los derechos al debido proceso y defensa, por existir al parecer vía de hecho en un proceso policivo por restitución del espacio público promovido por la administración. La Corte Constitucional confirmó los fallos de instancia que negaron el amparo de los derechos fundamentales, por existir otro medio de defensa judicial (acción de nulidad y restablecimiento del derecho) y no evidenciarse perjuicio irremediable; T-951 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, en esta sentencia se concedió la tutela de forma transitoria a empleada en provisionalidad del Departamento de Risaralda que fue desvinculada mediante un acto administrativo sin motivación; T-132 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa, en esta sentencia se decidió el caso de ex empleada de Empresa Social del Estado que se encontraba desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería en provisionalidad y fue desvinculada mediante acto administrativo no motivado. La Corte amparó su derecho al debido proceso y ordenó a la entidad motivar el acto de desvinculación, si no lo hiciera o no existiesen motivos ordena, en subsidio su reintegro.

43 Sentencia T-384, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

46 Sentencia T-1159-05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

47 Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

48 Corte Constitucional. Sentencia T-1316 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, citada en la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

50 Corte Constitucional. Sentencia T- 796 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

51 Ver Sentencia T-007-08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

52 Art. 6º Decreto 2591 de 1991. “La acción de tutela no procederá: 1º Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (La subraya fuera del original).

53 Dice el Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere.” (Subraya fuera del original).

54 Dice el artículo 8º del decreto 2591 de 1991: “Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.” (Subraya fuera del original).

55 Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Por otra parte, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte constitucional afirmó: “...es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 (del Decreto 2591 de 1991) impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción

contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia". Ver también las sentencias T-514 de 2003, T-596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, C-426 de 2002 y T-418 de 2003, entre otras, sobre estas consideraciones.

56 Corte Constitucional. Sentencia T-1316 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, citada en la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

57 Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

58 Corte Constitucional. Sentencia T- 796 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

59 Ver Sentencia T-007-08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa