

Sentencia T-1063/12

ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA-Necesidad de motivación

MOTIVACION DE ACTO ADMINISTRATIVO-Discrecionalidad relativa

DESVINCULACION DE FUNCIONARIO QUE EJERCE CARGO EN PROVISIONALIDAD-Razones que puede invocar el nominador

ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD-Alcance

ACCION DE TUTELA POR ACCION U OMISION DE AUTORIDAD PUBLICA-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS PROFERIDAS POR ALTAS CORTES-Restricciones

ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD-Razones de hecho y derecho en forma clara, detallada y precisa

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER CABEZA DE FAMILIA-Requisitos

ACCION DE TUTELA POR RETIRO DE CARGO EN PROVISIONALIDAD-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no ser sujeto de especial protección como madre cabeza de familia

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ DE LA ACCION DE TUTELA-Término razonable

ACCION DE TUTELA POR RETIRO DE FUNCIONARIA NOMBRADA EN CARGO DE PROVISIONALIDAD-Improcedencia por no cumplir requisito de inmediatez

Referencia: expedientes T-3.547.193 y 3.562.996 (acumulados)

Acciones de tutela interpuestas por Carmen Rosalba Pacheco contra el Alcalde del municipio de La Unión (Sucre) (expediente T-3.547.193) y por Norby Cleves Villalobos, contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (expediente T-3.562.996).

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alexei Julio Estrada, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos i) en el expediente 3.547.193, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Unión (Sucre) y, en segunda instancia, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Carmen Rosalba Pacheco contra el Alcalde del Municipio de La Unión (Sucre); y ii) en el expediente 3.562.996, en primera instancia, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Norby Cleves Villalobos, contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

### I. ANTECEDENTES EXPEDIENTE 3.547.193

La ciudadana Carmen Rosalba Pacheco, actuando a través de apoderada, presentó acción de tutela el 30 de marzo de 2012, contra el Alcalde del municipio de La Unión (Sucre), con el objeto de que le fuesen amparados sus derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, mínimo vital y vida digna, así como los derechos de los niños a la salud y a la protección y el derecho a la protección especial a la madre cabeza de familia, presuntamente vulnerados por la actuación de dicha entidad, al retirarla del cargo que ejercía en provisionalidad mediante un acto administrativo que no fue adecuadamente motivado.

### Hechos

1.- La accionante fue nombrada mediante Decreto No. 035 del 7 de marzo de 2008 en provisionalidad, como Profesional Universitaria grado 03 en la planta de personal de la

Alcaldía Municipal de La Unión (Sucre)<sup>1</sup>, cargo en el cual tomó posesión el 18 de marzo de 2008.

2.- El 30 de octubre de 2008, esto es, vencido el plazo de seis (6) meses para el que fue nombrada la señora Pacheco, la Alcaldía solicitó una prórroga de su nombramiento, la cual fue autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) el 11 de noviembre de 2008. Debido a que la prórroga se tramitó de manera extemporánea, se autorizó para no afectar la correcta prestación del servicio, pero se remitió copia de la decisión a la oficina de control interno de la entidad, para que estableciera las eventuales responsabilidades disciplinarias<sup>2</sup>.

3.- Mediante Decreto No. 140 del 19 de noviembre de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de La Unión (Sucre), fue prorrogado el nombramiento en provisionalidad de la actora<sup>3</sup> hasta que se expidieran las correspondientes listas de elegibles<sup>4</sup>. La accionante tomó posesión de su cargo, producto de la prórroga, el 19 de noviembre de 2008<sup>5</sup> y continuó prestando sus servicios a la entidad demandada hasta enero de 2012, sin que mediara solicitud de prórroga adicional ante la CNSC.

4.- Señala la accionante que el Alcalde Municipal, Mario Vergara de la Ossa, le solicitó de manera verbal su renuncia [sin indicar fecha], a lo que ella respondió negativamente el 2 de enero de 2012, mediante comunicación escrita<sup>6</sup>.

5.- Mediante Decreto No. 021 del 10 de enero de 2012, expedido por el Alcalde Municipal de la Unión (Sucre), se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante, motivando la decisión en que: i) el decreto mediante el cual se prorroga el nombramiento presenta una incongruencia entre su razón de ser y parte resolutive, que señalan que se trata de una prórroga y el título, que dispone que es un nombramiento; ii) la solicitud de prórroga autorizada el 11 de noviembre de 2008 se tramitó de manera extemporánea; iii) en los archivos no reposa la declaración jurada del Alcalde en la que haga constar que la señora Pacheco reúne los requisitos para el cargo; y iv) no existe solicitud de prórroga del nombramiento en provisionalidad desde el 19 de mayo de 2009, es decir, desde esa fecha el cargo no está avalado por la CNSC. Señala además que, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, "antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador por resolución motivada, podrá darlo

por terminado”7.

6.- La señora Pacheco afirma que ha presentado problemas de salud, razón por la cual el 5 de enero de 2012 solicitó, mediante escrito dirigido al Secretario del Interior y de Recursos Humanos, permiso para asistir a una serie de citas médicas en la ciudad de Medellín los días 11 y 13 de enero de 2012<sup>8</sup>. Además, afirma que es madre cabeza de familia y tiene a su cargo dos hijas, una menor y una mayor de edad que dependen económicamente de ella, razón por la cual solicita la tutela de los derechos invocados.

7.- En primera instancia, conoce de la acción el Juzgado Promiscuo Municipal de la Unión (Sucre), donde se toma declaración jurada a la accionante, en la que responde: “no tengo ninguna clase de bienes materiales, vivo en una casa de una hermana, el núcleo familiar está conformado por mi persona mis dos niñas (...) y mi compañero quien es obrero y trabaja el día que consigue”. Manifiesta además que tiene problemas de salud y su diagnóstico es “homeopatía” (sic)<sup>9</sup>.

Respuesta de la entidad demandada

8.- El Alcalde Municipal de la Unión (Sucre), Mario Vergara de la Ossa, respondió a la acción de tutela señalando que las autorizaciones para nombramientos en provisionalidad se dan por 6 meses, de modo que la solicitud de prórroga del nombramiento de la accionante, debió hacerse antes del vencimiento de ese término. Añade que, mediante una autorización de prórroga, la accionante fue nombrada y tomó posesión de un cargo en el que ya se encontraba posesionada<sup>10</sup>.

9.- Señaló que es falso que haya solicitado a la accionante la renuncia al cargo que desempeñaba. Adujo además, que: (i) la acción desconoce el principio de inmediatez; (ii) no se acredita un perjuicio irremediable; (iii) no se agotaron las vías previstas por la jurisdicción contencioso administrativa; y (iv) existen otros medios de defensa, por lo que la tutela no cumple el requisito de subsidiariedad.

10.- Afirma que no se configura una afectación al derecho al mínimo vital, por cuanto al momento de interponer la acción de tutela, la accionante llevaba 3 meses por fuera de la administración y en ese tiempo no ejerció acción alguna encaminada a la defensa de sus derechos, además porque “el (sic) accionante tiene prestaciones sociales como consecuencia

de su trabajo en la Alcaldía Municipal que aún no ha reclamado”<sup>11</sup>.

Sentencias objeto de revisión

Fallo de primera instancia

11.- El Juzgado Promiscuo Municipal de La Unión (Sucre), en sentencia del 17 de abril de 2012, decidió tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, mínimo vital, vida digna, derechos de los niños y derechos a la salud y protección de la madre cabeza de familia<sup>12</sup>.

12.- El a quo señaló que la accionante sólo podía ser retirada del servicio por un motivo de interés superior, por sanción disciplinaria, por calificación insatisfactoria o porque un empleado hubiera superado todas las etapas del concurso de méritos para acceder al mismo cargo<sup>13</sup>. Por lo anterior, decidió conceder el amparo constitucional de los derechos invocados y, en consecuencia, decretó la nulidad del decreto 021 del 10 de enero de 2012, proferido por el Alcalde de la Unión (Sucre), por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Carmen Rosalba Pacheco Perdomo. Adicionalmente, ordenó reintegrar a la accionante y pagar los salarios dejados de percibir desde su desvinculación hasta que fuese efectivamente reintegrada.

Impugnación

13.- El 23 de abril de 2012, en los términos de ley, el Alcalde del municipio de la Unión (Sucre), presentó impugnación contra la sentencia de primera instancia, señalando que: i) se habían vencido los términos para la prórroga del contrato de la accionante, de modo que no contaba con la autorización de la CNSC y que ii) en el presente caso no es posible aplicar el Acto Legislativo 04 de 2011, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional<sup>14</sup>.

14.- La entidad accionada insistió en los argumentos presentados en la contestación de la tutela y destacó que la accionante tenía prestaciones sociales derivadas de su trabajo en la Alcaldía Municipal que aún no había reclamado. Por lo anterior, solicitó revocar el fallo de primera instancia y declarar improcedente la acción.

Fallo de segunda instancia

15.- El Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre), resolvió la impugnación presentada por el Alcalde del Municipio de La Unión, Mario Vergara de la Ossa, y resolvió revocar en todas sus partes el fallo de primera instancia. Al respecto, estableció que la acción de tutela fue interpuesta como mecanismo principal y no transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ejercer ante los jueces contencioso administrativos<sup>15</sup>.

#### I. ANTECEDENTES EXPEDIENTE 3.562.996

La ciudadana Norby Cleves Villalobos, presentó acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B y contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 28 de junio de 2011 para que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, acceso a la función pública e igualdad y, en consecuencia, se ordenara dejar sin efectos las sentencias proferidas por dichos Tribunales en las que no se accedió a su solicitud de nulidad y el restablecimiento del derecho, por haber sido desvinculada de un cargo en provisionalidad mediante un acto administrativo sin motivación.

#### Hechos

1.- Mediante Decreto 030 del 22 de enero de 2001, sin motivación alguna, la accionante fue declarada insubsistente del cargo que desempeñaba en provisionalidad como profesional universitario grado 01 de la oficina de control interno de la Alcaldía Municipal de Palmira (Valle del Cauca)<sup>16</sup>, razón por la cual interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de ese departamento.

2.- Mediante sentencia del 23 de febrero de 2004, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda. Por ello, la accionante acudió en segunda instancia al Consejo de Estado, que confirmó la sentencia apelada. De acuerdo con la demandante, con esta decisión se asimilan los nombramientos provisionales a cargos de libre nombramiento y remoción, en sentido contrario a lo que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.- La accionante asegura que un mes antes de la presentación de la tutela, se enteró de la expedición de la sentencia SU-917 de 2010, que señala que es inexcusable el deber de motivación de los actos administrativos de retiro de los servidores públicos nombrados en provisionalidad. Por lo anterior, solicita que a la luz de los postulados establecidos en dicha providencia, se resuelva su caso. Manifiesta que la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, porque entre la fecha en que se enteró de la sentencia de la Corte Constitucional y la fecha en que la interpuso, transcurrió un término razonable y proporcionado (1 mes)<sup>17</sup>.

4.- La señora Cleves afirma que en este caso la acción de tutela procede contra una sentencia del Consejo de Estado, por desconocimiento del precedente constitucional. En consecuencia solicita dejar sin efectos las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 23 de febrero de 2004 y por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 3 de noviembre del 2005, en las que no se accede a sus pretensiones, así como declarar la nulidad del acto administrativo mediante el cual se le declaró insubsistente y ordenar su reintegro al cargo en el que se desempeñaba al momento del retiro<sup>18</sup>.

#### Respuesta de las entidades demandadas

5.- El Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, solicitó mantener la decisión de la Sección Segunda, subsección B del Consejo de Estado y denegar el amparo solicitado. No obra en el expediente respuesta por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Por su parte, la representante legal del Municipio de Palmira (Valle del Cauca), actuando como tercera interesada, solicitó no acceder a la petición de declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho invocada por la accionante<sup>19</sup>.

#### Sentencias objeto de revisión

#### Fallo de primera instancia

6.- En primera instancia conoció de este caso la Sección Cuarta del Consejo de Estado que, en sentencia del 18 de agosto de 2011, negó por improcedente el amparo invocado. Al respecto señaló que la acción de tutela procede de manera excepcionalísima contra

providencias judiciales, cuando se advierte una afectación manifiesta de los derechos fundamentales del accionante, pero esta posibilidad “no se extiende a las decisiones dictadas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional quienes son órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones por disposición expresa del constituyente”<sup>20</sup>. Adicionalmente, encontró el Alto Tribunal que no existe un daño inminente y grave que justifique la precedencia transitoria del amparo constitucional.

## Impugnación

7.- La accionante impugnó el fallo de primera instancia señalando que en su caso se configuraron dos de los eventos en los cuales procede la acción de tutela contra providencias judiciales, lo anterior, por cuanto existió un defecto material o sustantivo por parte de la sentencia que niega sus pretensiones y porque se desconoció el precedente jurisprudencial al respecto. Solicitó que se considere el precedente fijado por la Corte Constitucional, se revoque la sentencia de primera instancia y se de lugar al amparo de los derechos invocados.

## Fallo de segunda instancia

8.- La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de abril de 2012, decidió la impugnación interpuesta por la accionante. Señaló que en este caso, la solicitud de tutela radica en cuestionamientos de fondo contra la tutela dictada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sin que exista argumentación que permita inferir la vulneración de los derechos de la accionante y destacó que la acción de tutela no puede ser utilizada como una tercera instancia, pues solo procede contra providencias judiciales en condiciones excepcionales, cuando hay vulneración ostensible de los derechos al debido proceso o al acceso a la administración de justicia<sup>21</sup>.

9.- Adicionalmente, encontró el ad quem que en este caso no se satisface el requisito de inmediatez, pues las sentencias contra las cuales se dirige la acción fueron proferidas el 23 de febrero de 2004 y el 3 de noviembre de 2005, y la tutela fue interpuesta el 28 de junio de 2011. Por lo anterior, ordenó modificar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta y en su lugar declaró improcedente el amparo solicitado<sup>22</sup>.

## I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias proferidas en el trámite de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, las cuales fueron seleccionadas para revisión el 13 de septiembre de 2012, por la Sala de Selección número Nueve.

### Asunto bajo revisión y problema jurídico

1.- En este caso, corresponde a la Corte resolver las acciones de tutela interpuestas por Carmen Rosalba Pacheco contra el Alcalde del Municipio de La Unión (Sucre) y Norby Cleves Villalobos, contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En el primer caso, la Alcaldía Municipal de La Unión (Sucre), desvinculó a la accionante del cargo que desempeñaba en provisionalidad, mediante un acto administrativo que alega, no fue motivado adecuadamente. A su juicio, esta decisión desconoció sus derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, mínimo vital y vida digna, así como los derechos de los niños a la salud y a la protección especial a los suyos, en calidad de madre cabeza de familia.

En el segundo caso, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencias judiciales proferidas en el trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, negaron las pretensiones de la accionante, quien fue desvinculada del cargo que desempeñaba en provisionalidad en la Alcaldía Municipal de Palmira (Valle del Cauca), mediante un acto administrativo sin motivación. La accionante considera que las sentencias proferidas desconocen el precedente constitucional, en contravía de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, acceso a la función pública e igualdad.

2.- Para solucionar las controversias suscitadas, corresponde a la Corte responder a las siguientes preguntas: ¿es procedente la acción de tutela para controvertir la decisión de declarar insubsistente a un funcionario nombrado en provisionalidad, cuando el acto administrativo no ha sido motivado adecuadamente? Y: ¿procede la acción de tutela contra una sentencia que negó la nulidad de un acto de retiro de un funcionario en provisionalidad y el consecuente restablecimiento del derecho, cuando el acto administrativo no fue motivado?

Para dar respuesta a estos problemas jurídicos, la Sala Octava se referirá a: (i) la necesidad de motivación de los actos administrativos que declaran insubsistentes a funcionarios en provisionalidad; (ii) los casos en los cuales procede la acción de tutela contra sentencias; y (iii) el alcance de la tutela para controvertir actos de retiro. Posteriormente, procederá la Sala a resolver los casos concretos.

Necesidad de motivación de los actos administrativos que declaran insubsistentes a funcionarios en provisionalidad

3.- Numerosas sentencias de esta Corporación se han pronunciado sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. En este sentido, en las sentencias SU-250 de 1998, SU-917 de 2010 y SU- 691 de 2011, entre otras, la Corte ha unificado las líneas jurisprudenciales sobre la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación y ha reiterado que, por regla general, la administración tiene el deber de motivar todos los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado.

4.- La Corte Constitucional ha señalado que el deber de motivación de los actos administrativos se relaciona con la cláusula de Estado Social de Derecho, que sujeta los poderes públicos al principio de legalidad y prohíbe la arbitrariedad en las decisiones de la administración “puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo”<sup>23</sup>, así como con el derecho al debido proceso, el principio democrático y de publicidad.

Esta Corporación también ha entendido que existen algunos actos que no deben ser motivados. Ello ocurre cuando existen fundamentos objetivos y razonables suficientes para

que la administración ejerza sus potestades de forma discrecional. De modo que, en el marco de un Estado social de derecho, tiene cabida la discrecionalidad relativa y se “atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA”<sup>24</sup>.

5.- Ahora bien, tratándose de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades, que es inexcusable el deber de motivar su retiro “a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección”<sup>25</sup>. Al respecto, ha reiterado la Corte que el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad, no lo convierte automáticamente en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no hay lugar a la excepción del deber de motivar los actos de retiro, de modo que, aunque los funcionarios nombrados en provisionalidad no tienen las garantías derivadas de la carrera administrativa, “tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al Estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera”<sup>26</sup>.

6.- La Corte se ha concentrado también en establecer cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a una persona que ejerce un cargo en provisionalidad, señalando que “el acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA”, de otra forma, la motivación sería solamente un requisito formal, sin mayores efectos.

En este sentido, el acto de retiro debe contener las razones de hecho y de derecho por las cuales se remueve a un funcionario y éstas deben consignarse de forma clara, detallada y precisa, no siendo válidas las consideraciones indefinidas, generales y abstractas que no se relacionan con la persona que es desvinculada, y “sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de

sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria”<sup>27</sup> o razones relacionadas con el servicio que presta o debería prestar el funcionario<sup>28</sup>.

Con todo, la necesidad de motivación, no quiere decir que se deba equiparar a los funcionarios en provisionalidad a los de carrera administrativa en propiedad y que la motivación para su retiro deba cumplir los mismos requisitos. La motivación debe cumplir unos mínimos, para que quien es declarado insubsistente, cuente con herramientas jurídicas para ejercer el principio de contradicción y defensa ante las instancias administrativas y judiciales. Cuando no existe tal motivación o esta es meramente retórica, la Corte ha concedido el amparo mediante tutela.

Alcance de la acción de tutela para controvertir actos de retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad

7.- Corresponde además a la Sala establecer cuál es el alcance de la acción de tutela para controvertir actos de retiro de funcionarios en provisionalidad. Lo primero que se debe señalar es que, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no implica que la tutela deba ser declarada improcedente de plano, por el contrario, en cada caso concreto el juez debe determinar si las acciones disponibles pueden proveer una protección eficaz y completa a quienes la interponen. Al respecto, “la Corte ha sostenido que en ciertas ocasiones los mecanismos ordinarios se reflejan como desproporcionados para quien debe incoarlos, dados los costos que representan y la duración promedio de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa, no resultando entonces idóneos para garantizar en forma inmediata la efectividad de los derechos constitucionales que se anuncian como vulnerados, cuando no son lo suficientemente expeditos para brindar dicha garantía”<sup>29</sup>.

Si bien cuando se reclama la nulidad de un acto administrativo de insubsistencia y el reintegro del funcionario, existe otro mecanismo de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe valorarse la posibilidad de ejercerla atendiendo a su eficacia material y a las circunstancias particulares de quien invoca el amparo.

Al respecto, en la sentencia SU-917 de 2010 la Corte señaló que, tratándose de actos de retiro de funcionarios en provisionalidad, es procedente la acción de tutela, entre otras razones porque i) la jurisprudencia del Consejo de Estado “ha sido abiertamente contraria a la postura sólida y reiterada que por más de una década ha sostenido la Corte

Constitucional, según la cual existe un inexcusable deber de motivación de los actos de retiro”<sup>30</sup>, y ii) porque el ciudadano no tiene cómo controvertir ante el juez administrativo las razones por las cuales fue declarado insubsistente, por cuanto no las conoce y no cuenta con los elementos de juicio necesarios y suficientes para defender sus derechos, precisamente por la falta de motivación. De modo que “si bien el ciudadano tiene a su disposición la acción contencioso administrativa y puede hacer uso legítimo de ella, éste mecanismo judicial no resulta materialmente eficaz para la protección de sus derechos, lo que hace posible acudir al amparo constitucional como instrumento idóneo para asegurar la defensa de sus derechos por vía de tutela”<sup>31</sup>.

#### Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

8.- Finalmente, en consideración a que en el presente caso, uno de los amparos solicitados se dirige a atacar providencias del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, esta Sala considera necesario pronunciarse sobre la procedencia de este tipo de acciones. Al respecto, esta Corporación en numerosas sentencias, ha señalado que procede de manera excepcional la acción de tutela contra sentencias, teniendo como fundamento el artículo 86 de la Constitución, que establece que la acción de tutela procede “cuando los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública” (negrilla fuera de texto). Ello, porque “todos los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, no sólo cuando tramitan acciones de tutela o cuando hacen parte de la jurisdicción constitucional en sentido funcional, sino también cuando actúan de ordinario en los asuntos propios de su respectiva jurisdicción (en sentido orgánico)”<sup>32</sup>. Sin embargo, esta facultad tiene límites de tipo formal y material.

Así, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias ha sido desarrollada de manera amplia por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha establecido una serie de restricciones procedimentales para que un juez de tutela pueda abordar el estudio de fondo de una sentencia judicial y que ha denominado “requisitos generales de procedencia” los cuales se resumen a continuación:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

9.- Ahora bien, si en un caso se encuentran cumplidos los anteriores requisitos generales de procedencia, la tutela de los derechos fundamentales invocados será posible si la decisión judicial contiene un error sustantivo de tal magnitud, que sea imperiosa la intervención del juez constitucional por vía de tutela. Al respecto, en un primer momento se recurrió a la teoría de las “vías de hecho” para justificar la procedencia de la tutela contra sentencias. Así, la tutela era posible cuando la decisión carecía de sustento normativo, obedecía a la liberalidad del juez y se materializaba en el desconocimiento de derechos fundamentales<sup>33</sup>. Sin embargo, la Corte encontró que no era necesario que el juzgador se apartara caprichosamente de la ley, para que se viesan comprometidos de manera grave los derechos fundamentales de una persona, por esta razón redefinió los casos en los que, cumplidos los requisitos de procedimiento, es posible para un juez conocer de una tutela contra sentencia judicial, bajo el concepto de “causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”, que se configuran por<sup>34</sup>:

a. Defecto orgánico: Cuando el funcionario judicial que profirió la providencia carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto: Cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

d. Defecto material o sustantivo: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o cuando hay una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido: Cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación: Cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión.

g. Desconocimiento del precedente: Cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

h. Violación directa de la Constitución<sup>35</sup>.

10.- Tratándose de tutelas contra sentencias proferidas por Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, se han fijado mayores restricciones. En estos casos, además de requerirse lo anterior, la tutela “es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional”<sup>36</sup>. Así, la tutela contra sentencias es un mecanismo para asegurar la primacía de los derechos fundamentales excepcional y sometido a importantes restricciones formales y materiales que se hacen más estrictas aún, cuando se trata de sentencias de las Altas Corporaciones.

Hechas las anteriores consideraciones, procede la Corte a analizar los casos concretos bajo revisión.

Análisis de los casos concretos

Expediente T-3.547.193

11.- En el primer caso, correspondiente al expediente T-3.547.193, debe la Corte determinar si la Alcaldía Municipal de La Unión (Sucre), desconoció los derechos fundamentales de la señora Carmen Rosalba Pacheco, al retirarla del cargo que desempeñaba como profesional universitaria del citado municipio, mediante un acto administrativo que no fue motivado adecuadamente.

12.- De acuerdo con lo consignado en el apartado correspondiente a la procedencia de la tutela para controvertir actos de retiro que no han sido motivados, encuentra la Sala que, por el hecho de que exista otro mecanismo de defensa judicial, como en este caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no puede afirmarse que la tutela sea improcedente de plano. Puede suceder que la exigencia de acudir a los mecanismos ordinarios resulte desproporcionada para el reclamo de protección de los derechos fundamentales de los accionantes. Además, si no se ha motivado el acto de retiro, la persona desvinculada no puede establecer las razones para controvertirlo judicialmente.

13.- Ahora bien, encuentra la Sala que en este caso el Alcalde motivó el retiro de la funcionaria señalando que i) el decreto mediante el cual se prorrogó su nombramiento presenta una incongruencia; ii) la solicitud de prórroga autorizada el 11 de noviembre de 2008 se tramitó de manera extemporánea; iii) en los archivos no reposa la declaración jurada del Alcalde en la que haga constar que la funcionaria reúne los requisitos para el cargo; y iv) no existe solicitud de prórroga del nombramiento en provisionalidad desde el 19 de mayo de 2009, fecha en que se venció la autorización del nombramiento en provisionalidad.

Teniendo en cuenta que el acto de retiro debe contener de forma clara, detallada y precisa, las razones de hecho y de derecho por las cuales se remueve a un funcionario, encuentra la Sala que por lo menos una de las razones aducidas por el accionado, consistente en que la demandante se encontraba trabajando sin que la prórroga de su contrato hubiese sido autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un argumento relacionado con la persona que es desvinculada y el cargo que venía desempeñando, que debería ser controvertido en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No corresponde a la Corte Constitucional establecer si dicha motivación es adecuada o no, o si puede considerarse razón suficiente para la desvinculación, como pretende la accionante. Lo anterior, porque la jurisdicción llamada a verificar la legalidad de los actos administrativos

y, en ese orden de ideas, su adecuada motivación, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así, no corresponde al juez constitucional establecer si la motivación de un acto de retiro de un funcionario nombrado en provisionalidad, cumple los requisitos legales. La competencia instituida por vía de tutela, se reserva a establecer si la actuación de una entidad, en este caso la Alcaldía Municipal de la Unión (Sucre), desconoció los derechos fundamentales de la accionante, lo que para efectos concretos ocurriría si el acto de retiro no se hubiese motivado y la accionante, no hubiera podido establecer las razones para controvertirlo ante el juez administrativo.

14.- Ahora bien, la accionante señala que es madre cabeza de familia<sup>37</sup>, que tiene a su cargo dos hijas y que por ello solicita el amparo mediante acción de tutela. Sobre este punto, cabe traer a colación lo establecido por esta Corporación en la sentencia SU-388 de 2005, reiterada en diversos pronunciamientos, en la que se trató el despido de un grupo de madres cabeza de familia sin alternativa económica, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública promovido por el gobierno en 2002. En esa oportunidad la Corte estableció que, para que una mujer fuese beneficiaria de estabilidad laboral reforzada por ser cabeza de familia, debían configurarse los siguientes requisitos:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

Siguiendo este precedente, la Corte en sentencia T-090 de 2006, analizó el caso de una trabajadora que tenía a su cargo dos hijos mayores de edad que no podían trabajar por cuanto se encontraban adelantando sus estudios. Al respecto, señaló esta Corporación que “no es posible conceder la protección invocada en los casos, en que como en el presente,

quienes dependen económicamente de la extrabajadora, poseen las condiciones necesarias para realizar una actividad productiva que les permita contribuir al sustento económico del núcleo familiar, bien sea porque se trate de hijos mayores de edad o de personas que no padecen alguna limitación física o mental”.

Por otra parte, en sentencia T-849 de 2010, la Corte señaló que “la accionante debe demostrar que su empleo constituye la única alternativa económica para satisfacer las necesidades de su núcleo familiar, al punto que debe ser la exclusiva responsable del sostenimiento de su familia porque el padre de sus hijos se encuentra ausente o padece algún tipo de incapacidad que le impide cumplir con sus obligaciones”.

En el presente caso, la señora Pacheco señala en la declaración jurada, rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de La Unión (Sucre), que vive en unión libre y que su compañero es obrero<sup>38</sup>. Además, que tiene una hija mayor de edad que estudia sexto semestre de medicina. Conforme a lo anterior, encuentra la Corte que la accionante no es un sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia, pues no es la exclusiva responsable de su sostenimiento, tiene un compañero en capacidad de trabajar y una de sus hijas, la mayor de edad, posee condiciones que le permiten realizar una actividad productiva y ayudar al sostenimiento del hogar.

15.- Por las razones expuestas, la Corte revocará las sentencias de instancia y en su lugar declarará improcedente la acción de tutela invocada, teniendo en cuenta que no cumple el requisito de subsidiariedad, pues la accionante contaba con otro medio de defensa a su alcance, este es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, encuentra la Sala que es improcedente la acción, pues la señora Pacheco no es un sujeto de especial protección, ni logró probar la inminencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que otros miembros de su grupo familiar están en capacidad de trabajar y proveer alternativas económicas para la familia.

Expediente T - 3.562.996

16.- En el segundo caso, la ciudadana Norby Cleves Villalobos, presentó una acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para que se protegieran sus derechos fundamentales y se dejarán sin efectos las sentencias proferidas por dichos

Tribunales. Señaló la accionante que un mes antes de presentar la acción de tutela, conoció de la sentencia SU-917 de 2010, en la que la Corte Constitucional unificó los criterios sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos de retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

17.- En este caso, debe la Sala establecer si se cumplen los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para la procedencia de una tutela contra sentencias. Encuentra la Corte, que en efecto (i) el asunto reviste evidente relevancia constitucional; (ii) se han agotado los medios de defensa al alcance de la persona afectada por cuanto acudió a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción correspondiente; (iii) se identifican de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de derechos; (iv) y no se trata de sentencias de tutela, por lo que en principio la acción sería procedente. Sin embargo, la Corte debe detenerse a analizar si la acción de tutela cumple el requisito de la inmediatez. Es decir, si la tutela se interpuso en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, lo anterior, por cuanto el juez constitucional de segunda instancia, consideró improcedente la acción por la ausencia de este requisito.

En este punto, encuentra la Corte que la accionante plantea la solicitud de amparo 5 años y 7 meses después de la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, frente a la cual solicita la protección. Justifica lo anterior, en que en ese lapso de tiempo fue expedida la sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010, de la que tuvo conocimiento un mes antes de la interposición de la acción de tutela.

18.- Sobre el principio de inmediatez en las acciones de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que, de manera general, la ausencia de un término de caducidad implica que el juez no puede rechazar las acciones de plano, por el solo hecho del paso del tiempo. En todo caso, éste es un dato que el juez debe tomar en consideración para establecer si la protección se requiere con prontitud. De modo que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”<sup>39</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha establecido criterios, que si bien no son taxativos, señalan en qué eventos, el paso del tiempo no puede entenderse como el desconocimiento

del principio de inmediatez. Al respecto, en sentencia T-860 de 2011 identificó como uno de ellos “[l]a existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras”. En el caso que nos ocupa, afirma la accionante, que la sentencia de unificación expedida en 2010 es un hecho nuevo, razón por la cual interpuso la acción casi 6 años después.

Sin embargo, tratándose de tutelas contra sentencias, el requisito de la inmediatez debe analizarse de forma estricta, por lo que es necesario establecer si, en efecto, la sentencia SU-917 de 2010, es un hecho completamente nuevo, razón por la cual la accionante solo pudo interponer la acción casi 6 años después de la sentencia de segunda instancia y si, siendo así, después de expedida la sentencia, la tutela se interpuso dentro de un plazo razonable.

20.- Lo primero que debe señalar la Sala es que, antes de la sentencia SU-917 de 2010, en numerosas oportunidades esta Corporación se había pronunciado sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos que ordenan el retiro de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, entre ellas, en la sentencia de unificación SU-250 de 1998. Así las cosas, la Corte ya había señalado antes de 2010 que “la respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción”. De tal suerte que, la sentencia SU-917 de 2010 es, en efecto, una sentencia importante dentro de la línea jurisprudencial trazada por esta Corporación, pero no constituye un hecho “completamente nuevo y sorpresivo que hubiese cambiado drásticamente las circunstancias previas”<sup>40</sup>, antes bien, es la consolidación de la jurisprudencia constitucional al respecto<sup>41</sup>.

21.- En todo caso, asumiendo en gracia de discusión que en la sentencia SU-917 de 2010, se unificaron los criterios sobre el retiro sin motivación de funcionarios en provisionalidad, se debe destacar que esta sentencia es del 16 de noviembre de 2010 y la acción de tutela se interpuso el 28 de junio de 2011, es decir, 7 meses después. Si bien para la jurisprudencia

constitucional, en algunos casos seis (6) meses no son un lapso de tiempo excesivo, la Corte encuentra que la accionante no se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, ni se demuestra en el expediente que esté en una situación desfavorable que le haya impedido interponer la acción oportunamente, de modo que, el argumento según el cual sólo se enteró de la sentencia de unificación de la Corte un mes antes, no es suficiente para justificar la procedencia de la acción a casi 6 años de la sentencia de segunda instancia y a más de seis meses de la sentencia de unificación.

Lo anterior, teniendo en cuenta, como ya se señaló, que previa expedición de la sentencia de unificación SU-917 de 2010, ya existía una línea jurisprudencial sólida, que apuntaba hacia la exigencia de motivación de los actos de desvinculación de empleados que ocupaban cargos de carrera en provisionalidad.

22.- En este sentido, concluye la Sala que, aunque no existe un término de caducidad de la acción de tutela, permitir en este caso que se presente 6 años después de proferida la sentencia contra la que se dirige, resulta a todas luces desproporcionado y contrario al principio de seguridad jurídica. Por esta razón encuentra la Corte que, tal como se señaló en la sentencia de segunda instancia, la acción de tutela no procede por no satisfacerse el requisito de inmediatez.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del

Circuito de San Marcos (Sucre) el 13 de junio de 2012, que negó el amparo solicitado por la señora Carmen Rosalba Pacheco, en acción promovida contra la Alcaldía Municipal de la Unión (Sucre). En su lugar, DECLARAR improcedente la acción de tutela por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA T-1063/12

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIA NOMBRADA EN CARGO DE PROVISIONALIDAD-Inexistencia de solicitud de prórroga del nombramiento (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA POR RETIRO DE FUNCIONARIA NOMBRADA EN CARGO DE PROVISIONALIDAD-Motivación clara, expresa y detallada al concluir que no había autorización de prórroga de relación laboral (Aclaración de voto)

RETEN SOCIAL EN MATERIA DE RETIRO DE FUNCIONARIA NOMBRADA EN CARGO DE PROVISIONALIDAD-Inaplicación de precedente (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE MERITOCRACIA EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Efectiva celebración de concursos públicos de méritos (Aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Sala, me permito aclarar el voto en la presente oportunidad en relación con el expediente T-3547193 acumulado de la sentencia T-1063 de 2012 si bien comparto el sentido de la decisión, no estoy de acuerdo con todos los argumentos presentados para sustentarla.

1. En expediente T-3.547.193 la Sala Octava de Revisión estudió el caso de una señora que fue nombrada en provisionalidad por 6 meses en un cargo en el Municipio de la Unión Sucre. Vencido el plazo del nombramiento, la Alcaldía solicitó una prórroga para continuar con la vinculación de la peticionaria ante la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), entidad que en noviembre de 2008 concedió tal postulación. En esta autorización se precisó que la peticionaria podía continuar ocupando el cargo hasta que se expidieran las correspondientes listas de elegibles, o durante un tiempo máximo de 6 meses. Además la CNSC informó que al terminar el plazo mencionado, la Alcaldía debería tramitar y obtener un permiso de esa institución para prorrogar el nombramiento de la actora. En noviembre de 2008, la Alcaldía del municipio referido prorrogó el nombramiento de la petente hasta que se expidieran las listas de elegibles, de modo que la señora Pacheco continuó desempeñando el cargo, sin que mediara solicitud de prórroga adicional ante la CNSC.

En enero de 2012, el Alcalde del Municipio de la Unión declaró insubsistente a la solicitante por varias razones, entre ellas, que no existe solicitud de prórroga del nombramiento en

provisionalidad de la actora desde mayo de 2009, esto es, desde esa fecha el nombramiento no está avalado por la CNSC.

2. En los fundamentos normativos de la sentencia, la Sala Octava de Revisión, reiteró el deber que tienen las autoridades de motivar los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. De ahí que en el caso concreto constató que el acto administrativo que declaró insubsistente a la señora Pacheco contiene de forma clara, detallada y precisa las razones que tuvo la administración para desvincular del servicio a la actora. Esta motivación corresponde a que la demandante se encontraba trabajando para la Alcaldía de la Unión -Sucre- sin que la prórroga de su relación laboral hubiese sido autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por lo tanto, la tutelante conoció cuales eran los motivos que sustentaron su insubsistencia.

En este sentido, la providencia señaló que al existir una motivación clara, expresa y detallada no le corresponde a la Corte Constitucional determinar si las razones del acto administrativo impugnado son suficientes para la desvinculación. Lo anterior, porque la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para estudiar la legalidad de los actos jurídicos y establecer si la motivación del acto que declaró insubsistente a la peticionaria cumple con los requisitos legales.

Más adelante, la Sala estimó que la señora Pacheco no cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que sea considerada madre cabeza de familia, y con ello beneficiaria del retén social, comoquiera que tiene un compañero permanente en capacidad de trabajar y una de sus hijas, mayor de edad, posee condiciones que le permiten realizar una actividad productiva y ayudar al sostenimiento del hogar.

3. Bajo tal perspectiva, me permito precisar que me aparto de la anterior consideración en tanto a mi juicio la sentencia T-1063 de 2012 aplicó el precedente del retén social olvidando que en el caso concreto no existen los supuestos fácticos y jurídicos que permitan su utilización. El retén social consiste en que ciertos sujetos tendrán una estabilidad laboral reforzada de modo que se mantendrán en sus cargos hasta que finalice el proceso de liquidación, o se presente la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho procedimiento<sup>42</sup>. Así, esta institución se aplica a la situación administrativa de liquidación -reestructuración, la cual es diferente a la provisión de empleos, puesto que la primera está

dirigida a la modernización de las instituciones Estatales en pro del interés general en el que se suprimen y/o fusionan cargos públicos<sup>43</sup>, la segunda se refiere al funcionamiento del sistema de carrera administrativa que se encarga de suplir las vacancias en los empleos públicos existentes.

Estas instituciones administrativas tienen presupuestos divergentes y persiguen la satisfacción de distintos principios constitucionales, al punto que impiden que en el caso concreto se apliquen las sub-reglas relativas al retén social. De esta manera la peticionaria fue declarada insubsistente de un cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad en una entidad que no se encuentra en proceso de liquidación ni reestructuración -la Alcaldía del Municipio de la Unión-. Es más, la providencia de la cual me aparto cita la sentencia SU-388 de 2005 en la cual la Corte analizó el despido de varias trabajadoras que habían sido despedidas de TELECOM, una empresa que a través del Decreto 1615 de 2003 estaba en proceso supresión y liquidación. Por consiguiente, en el caso sub-judice no era posible aplicar el precedente del retén social.

4. Aceptar la posición expresada por la Sala sin presentar aclaración alguna significaría confundir reglas jurisprudenciales que tienen supuestos jurídicos y fácticos disímiles. De hecho, un lector desprevenido podría pensar que el principio al mérito debe ceder en todos los casos frente a los destinatarios del retén social. Esta conclusión vaciaría el contenido del derecho al mérito que tendría la persona que ocupó el primer lugar en un proceso de selección de cargos de carrera, debido a que sería inconstitucional declarar insubsistente a un beneficiario del retén social que desempeña un empleo en provisionalidad. Esta posición trastocaría un elemento esencial de la Carta Política<sup>44</sup>, como es el principio democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Vale acotar que la jurisprudencia de esta Corporación<sup>45</sup> únicamente ha considerado reintegrar a prepensionados que fueron declarados insubsistentes por nombrar a quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, porque la administración prefirió afectar el derecho a la estabilidad laboral reforzada del actor de ese entonces, que optar por otras medidas que permiten salvaguardar tanto la meritocracia como las garantías del sujeto de especial protección constitucional. Esta conclusión se sustenta en que las decisiones de la administración no cumplen con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dado que existen medidas menos lesivas para los derechos de los prepensionados que el despido de

los funcionarios, es decir, que en atención a las circunstancias específicas la insubsistencia no era necesaria. Al mismo tiempo, la Corte ha aseverado que “la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado”<sup>46</sup>. Por consiguiente, esta garantía no puede anular el principio de la meritocracia en el acceso a los cargos públicos.

En esas ocasiones, la Salas de Revisión han advertido que la discusión se enmarca en “la necesidad de armonizar el mandato según el cual el acceso a los cargos públicos debe darse con base en el mérito, en defensa del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y de la concepción participativa de la democracia, con el interés de quienes actualmente ocupan esos cargos sin haber ingresado por la vía del concurso”<sup>47</sup>. Debate que difiere en los casos del retén social, pues en estos últimos “los intereses que se encuentran en conflicto son, por una parte, la necesidad de reformar la estructura del estado para aumentar la eficacia en la función pública y propiciar un adecuado manejo de los dineros públicos; y, de otra parte, la protección de las personas en condición de especial vulnerabilidad, siempre que la reforma institucional suponga la modificación de las plantas de personal”<sup>48</sup>.

Como se puede observar en la provisión de las vacancias de empleos de carrera administrativa a través del concurso de méritos no se ha aplicado el precedente del retén social. Incluso la Corte ha excluido su utilización por considerar que son supuestos fácticos y normativos diferentes<sup>49</sup>.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a aclarar el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Folio 27, cuaderno principal (en adelante, se entiende que los folios a los que se haga referencia forman parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario).

2 Folios 22 y 23.

3 Folio 23.

4 La Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó la prórroga del nombramiento provisional de la accionante, mediante oficio O-14959, en el que se “imparte la aprobación hasta que se expidan las correspondientes listas de elegibles producto del concurso de méritos”. Añade esta entidad que “el encargo y nombramiento provisional tienen carácter transitorio, razón por la que superado el término de seis (6) meses previsto en la ley, si no ha culminado el concurso público para proveer el empleo, se deberá tramitar y obtener autorización de la CNSC para la prórroga de la autorización inicial en la cual se prevé el plazo respectivo” (Folio 20).

5 Folio 26.

6 Folio 31.

7 Folios 32 al 34.

8 Folio 30.

9 Folio 39.

10 Folio 44.

11 Folios 47 y 48.

12 Folio 60.

13 Ibídem.

14 Folio 65.

15 Folios 18 y 19 cuaderno 2.

16 Folio 57.

17 Folio 49.

18 Folios 55 y 56.

19 Folios 90 y 91.

20 Folio 110.

21 Folio 145.

22 Folio 146.

23 Sentencia SU - 250 de 1998.

24 Sentencia SU - 917 de 2010.

25 Ibídem.

26 Ibídem.

27 Ibídem.

28 Sentencia C-279 de 2007, citada por SU-917 de 2010.

29 Ibídem.

31 Ibídem.

32 Sentencia SU-917 de 2010

33 Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1992, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-014 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, SU-058 de 2003, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003, T-598 de 2003 y T-420 de 2003.

34 “La Corte debe reconocer que estos parámetros no son construcciones teóricas depuradas ni tienen pretensiones dogmáticas definitivas, sino que más bien nacen ante la necesidad de dar respuesta a los problemas constitucionales que día tras día se derivan de la práctica judicial, cuando en ellas se involucran cuestiones referentes al alcance y límites de los

derechos fundamentales en las diversas esferas del quehacer judicial”, sentencia SU-917 de 2010.

35 Ver sentencia C-590 de 2005.

36 Sentencia SU- 917 de 2010.

37 Folio 5.

38 Folio 39.

39 Sentencia T-328 de 2010.

40 Sentencia T-860 de 2011.

41 La Corte Constitucional ha señalado en numerosas sentencias anteriores a 2010 que existe un inexcusable deber de motivación de los actos administrativos de retiro de los servidores públicos en provisionalidad. Estas providencias fueron reseñadas en la sentencia SU-917 de 2010. Al respecto ver: SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

42 Sentencia T-835 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

43 Esta naturaleza ha sido confirmada por la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente forma: “en búsqueda de un incremento de la eficacia y eficiencia de la función pública, las ciencias de la administración aconsejan la racionalización de los recursos, una de cuyas modalidades consiste en la modificación de la planta, mediante la supresión de cargos,

redistribución de funciones y en general el logro de una mejor articulación de los recursos humanos, materiales y organizacionales, para optimizar el servicio y realizar los fines esenciales del Estado”. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero Ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., Tres (3) De Febrero De Dos Mil Once (2011). Radicación Número: 05001-23-31-000-2003-00481-01(1189-10).

44 Sentencia C-431 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo en la que se precisó que “La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un “un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública”.

45 Sentencias T-729 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-17 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa

46 Sentencias T-729 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.