

Sentencia T-1092/07

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia en caso de funcionarios de carrera administrativa nombrados en provisionalidad separados del cargo mediante acto sin motivación

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

Desconocimiento del precedente, esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales. Lo anterior no es obstáculo para que en virtud de los principios de autonomía e independencia de la labor judicial, los jueces de tutela puedan apartarse del precedente constitucional, pero en tal evento tendrán la carga argumentativa, es decir, deberán señalar las razones de su decisión de manera clara y precisa para resolver el problema planteado. Cabe destacar que sólo el desconocimiento de los precedentes sentados por la Sala Plena de esta Corporación puede dar lugar a una nulidad de un fallo de tutela adoptado por una Sala de revisión por la causal de cambio de jurisprudencia, tal como ha manifestado de manera reiterada esta Corte, de allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional, tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales de procedibilidad y configuración de la vulneración de la Constitución como requisito

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Formas en que puede ser desconocida la jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN LA RATIO DECIDENDI DE SENTENCIAS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Existe línea jurisprudencial en el sentido que procede la acción de tutela cuando el juez ordinario se aparte del precedente

DEBIDO PROCESO-Vía de hecho por defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial

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

Los actos por medio de los cuales se desvincula a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Esto lo subraya la Corte Constitucional en la sentencia de Sala Plena SU- 250 de 1998 cuando establece que la motivación es un requisito indispensable para que pueda operar en debida forma el control sobre los actos administrativos. La falta de motivación, a juicio de esta Corporación, obstruye el acceso a la justicia en contravía con lo dispuesto por el artículo 229 superior. De tal suerte que, cuando se retira a una persona del cargo sin mediar motivación se pone al afectado en situación de indefensión y se desconocen, de paso, sus derechos derivados del artículo 29 de la Constitución que incluyen: el “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 Corte Constitucional ha estimado que los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera, deben ser motivados, por cuanto sólo de esta manera el ciudadano puede controvertir ante los jueces competentes las razones que llevaron a declararlo insubsistente. La Sala de Revisión

amparará los derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad de la demandante de tutela.

Acción de tutela interpuesta por Narly del Carmen Feria Díaz contra el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, 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, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro de los procesos de revisión de los fallos de tutela, en el asunto de la referencia, dictados por el Consejo de Estado, Sala Administrativa, Sección Segunda - Subsección A - del 26 de marzo de 2007, en primera instancia; y por el Consejo de Estado, Sala Administrativa, Sección Cuarta, del 14 de junio de 2007, en segunda instancia.

## I. ANTECEDENTES

### Hechos

1. Nerly del Carmen Feria Díaz fue nombrada en provisionalidad, en virtud del Decreto N° 087 de abril de 1998, en el cargo, de Secretaria Ejecutiva, inscrito en carrera administrativa, código 5025, grado 11; adscrito a la Secretaria de Agricultura Municipal de Sincelejo, tomando posesión el 1° de abril de 1998.

1. Mediante Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000, no motivado, proferido por el Alcalde de Sincelejo, fue declarada insubsistente.

1. En febrero de 2001 interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Municipio de Sincelejo, y cuestionó la legalidad del Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000, por falta de motivación, infracción a la ley y desviación de poder.

1. Mediante sentencia del 25 de agosto de 2006, el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1 – resolvió negar las súplicas de la mencionada demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

1. En septiembre de 2006, la actora interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre. Y, mediante providencia del 29 de noviembre de 2006, dicho Tribunal negó la procedencia de la impugnación.

1. En marzo de 2007, la accionante interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1, por considerar que la sentencia del 25 de agosto de 2006, en la que se negó en disfavor suyo la nulidad del decreto que la declaró insubsistente, así como el restablecimiento del derecho; incurrió en vía de hecho por inaplicar injustificadamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de despidos de personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera. Pues, el acto administrativo que declaró la insubsistencia no fue motivado, pese a que la Corte ha dicho que debe serlo.

1. En ambas instancias, el Consejo de Estado (Sección Segunda – Subsección A –, y Sección

Cuarta) como juez de tutela, negó el amparo, argumentando que la acción de tutela no es procedente para cuestionar fallos judiciales.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Escrito de la demanda de tutela (Fls. 1 a 14)

1. Decreto 087 del 1° de abril de 1998, mediante el cual se nombra en provisionalidad a la tutelante en el cargo de carrera código 5025, grado 11 (Fls. 30)

1. Decreto 188 del 21 de noviembre 2000, mediante el cual se declara insubsistente a la demandante de tutela. (Fl. 32).

1. Escrito de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de Narly del Carmen Fera Díaz contra el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1 (Fls. 16 a 23)

1. Sentencia del 25 de agosto de 2006, del Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1 –, que niega las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (Fls. 222 a 237)

1. Escrito del recurso de apelación, del 11 septiembre de 2006, contra la Sentencia del 25 de agosto de 2006, del Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1. (Fl. 239)

1. Providencia del 29 de noviembre de 2006, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre niega la procedencia de la apelación. (Fls. 242)

1. Fallo de tutela de 1ª instancia (Fls. 247 a 249)

1. Impugnación del fallo de tutela de 1ª instancia (Fl. 254)

1. Fallo de tutela de 2ª instancia (Fls. 265 a 272)

#### Fundamentos de la Tutela

La demandante alega que el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1, inaplicó injustificadamente la jurisprudencia constitucional, respecto de la procedencia y las condiciones de los despidos de personas que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. En efecto, la demandante cita la jurisprudencia de esta Corporación, en la que se ha establecido, que existe un deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera en provisionalidad.

Esto, en tanto "...la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera, no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa (...), no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción"1, que son los cargos para cuyo despido es procedente la falta de motivación. De otro lado, aparte de la necesidad de la motivación, la jurisprudencia constitucional ha estipulado, que en estos casos, "la administración sólo podría desvincular (...) por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar"2.

Por lo anterior, plantea que la sentencia del juez contencioso, incurrió en vía de hecho consistente en el desconocimiento injustificado del precedente constitucional, con lo cual se vulneran también, sus derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad. Esto, por cuanto su declaratoria de insubsistencia se dio mediante acto

administrativo no motivado, frente a lo que el juez contencioso, antes que aplicar la jurisprudencia constitucional, aplicó el criterio del Consejo de Estado, en el sentido de restringir el alcance de la distinción entre libre nombramiento y remoción, y provisionalidad, para extender la posibilidad a ambos, de declarar la insubsistencia sin motivación.

#### Respuesta del Municipio de Sincelejo

El apoderado judicial del Municipio de Sincelejo, responde a los argumentos de la demanda, afirmando que si bien es cierto que el acto administrativo de insubsistencia no está motivado, se debe recordar que por el tipo de cargo que ostentaba la demandante, el mencionado acto no debía ser motivado, “pues se trata de un trabajador de libre nombramiento y remoción”.

#### Fundamentos de la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1 – plantea el siguiente argumento principal. En primer lugar establece que según las pruebas del expediente, la modalidad de nombramiento en la que ostentaba el cargo del cual fue declarada insubsistente la actora, era provisionalidad. Y si bien, en años anteriores la demandante había sido inscrita en carrera administrativa en el cargo de Secretaria Auxiliar IV, luego fue desvinculada porque el cargo desapareció. Y, sólo después de seis meses fue nombrada en el cargo, para el cual solicita en la actualidad el reintegro (Secretaria Ejecutiva), en la modalidad de provisionalidad, no pudiendo ser de otro modo ya que dicho nombramiento no obedeció a la implementación y superación de un concurso de méritos.

El juez contencioso, explica que según el artículo 125 constitucional, y el artículo 1° del Decreto-Ley 3074 de 1968, existen cargos de carrera y cargos de libre nombramiento y remoción. A su turno, según el artículo 5° de Decreto-ley 2400 de 1968, existen el nombramiento ordinario, en periodo de prueba y el provisional. El ordinario es el propio de los cargos de libre nombramiento y remoción, el de periodo de prueba es de carácter transitorio previo al nombramiento en propiedad en un cargo de carrera, y cuya forma de acceso es el concurso de méritos. Y, el provisional que es transitorio para cargos de carrera, en tanto se provee la plaza como consecuencia de la realización de un concurso de méritos. De igual modo, el nombramiento de carácter transitorio, regulado en el artículo 4° del Decreto-Ley 1567 de 1998, está definido como “...aquel que se hace a una persona para

proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante sistema de mérito...”.

Ahora bien, la caracterización de estos nombramientos, como transitorios, se complementa con lo estipulado en artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, según el cual, “en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados”.

Agrega el juez ordinario, que el Consejo de Estado, revisó la legalidad del contenido normativo del citado artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, y en sentencia del 12 de febrero de 2004 de la Sección 2ª, determinó que “la situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción”, por lo que no se puede exigir que en el primer caso el acto que declara la insubsistencia deba ser motivado y en el segundo no. Esto, “...llevaría al absurdo de predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, ostenta la misma condición del que se vincula a la administración, previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual, para desempeñar la función. No puede estar en igual condición el servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos y aquel que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo. (...) el retiro entonces de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro”<sup>3</sup>.

Por último, como quiera que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, hacía referencia no sólo a la falta de motivación del acto de insubsistencia, sino también a infracción a la ley y desviación de poder, encontró el juez contencioso, que dichos cargos carecían de fundamentos suficientes para su configuración.

A causa de lo anterior, la actora interpuso recurso de apelación contra el fallo del Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1 – , el cual fue negado mediante providencia del 29 de noviembre de 2006, bajo el argumento de que no procedía segunda instancia por la cuantía de la reclamación de la demandante.

Decisiones de tutela objeto de revisión.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- Nerly del Carmen Feria Díaz fue nombrada en provisionalidad, en virtud del Decreto N° 087 de abril de 1998, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, inscrito en carrera administrativa, código 5025, grado 11, adscrito a la Secretaria de Agricultura Municipal de Sincelejo; y, mediante Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000, no motivado, proferido por el Alcalde de Sincelejo, fue declarada insubsistente. En febrero de 2001 interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Municipio de Sincelejo, cuestionando la legalidad del Decreto de 2000 por falta de motivación, infracción a la ley y desviación de poder. Mediante sentencia del 25 de agosto de 2006, el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 - resolvió negar las súplicas de la mencionada demanda de nulidad y restablecimiento.

El Tribunal Contencioso argumentó que según el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, “en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados”. Y, por demás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que “no puede estar en igual condición el servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos y aquel que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo, [por lo cual] el retiro entonces de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado (...)”. De otro lado, encontró el juez contencioso, que los cargos relativos a inaplicación de la ley y desviación de poder, carecían de fundamentos suficientes para su configuración.

En septiembre de 2006, la actora interpuso recurso de apelación, que fue negado en noviembre de 2006 por la cuantía de la reclamación.

Luego de ello, en marzo de 2007, interpuso acción de tutela contra la decisión del Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 - que resolvió no declarar la nulidad y restablecimiento del derecho, en relación con el acto administrativo (Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000) que sin motivación, la declaró insubsistente del cargo de Secretaria Ejecutiva, en el que había sido nombrada en provisionalidad.

Alega que la anterior decisión configura una vía de hecho, por cuanto inaplicó injustificadamente la jurisprudencia constitucional, según la cual existe un deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera en provisionalidad. Y, con ello, se han vulnerado sus derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad.

Los jueces de tutela en ambas instancias (Secciones Segunda - Subsección A, y Cuarta del Consejo de Estado), no resolvieron de fondo el asunto, y declararon improcedente la tutela, argumentando que no procede tutela contra sentencias judiciales.

#### Problema Jurídico

3.- De conformidad con lo anterior, esta Sala de Revisión deberá determinar si se ha inaplicado injustificadamente la jurisprudencia constitucional, en materia de despidos de personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, luego, si en consecuencia se han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la estabilidad laboral de la actora.

Para resolver lo anterior, la Sala reiterará su jurisprudencia en cuanto a los siguientes aspectos: (i) causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) la motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad; (iii) procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de motivación de los actos administrativos; y (iv) resolverá el caso concreto.

Acción de tutela contra sentencias. Causales de procedibilidad y el requisito de configuración de un perjuicio iusfundamental. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- Como ya ha sido reiterado por esta Corte en numerosas oportunidades<sup>4</sup>, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular (Art. 86 C.P)

Si el artículo 86 dispone que el amparo de los derechos fundamentales tendrá lugar frente a cualquier autoridad pública, las decisiones que los operadores judiciales tomen en ejercicio de sus funciones también forman parte de esta categoría. No basta, entonces, mencionar los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial, combinados con el argumento de “la potencialidad de error humano”, para negar al juez de tutela la posibilidad de determinar si en cierta actuación judicial fueron vulnerados de manera grave los derechos fundamentales del demandante. Siendo la condición necesaria, la violación o amenaza de derechos fundamentales que haga precisa la intervención inmediata del juez constitucional para contrarrestar los efectos vulneratorios de la decisión judicial en cuestión.

4.- En este sentido debe ser entendida la relación que guardan los principios de autonomía judicial (Art. 246 C.P.) y primacía de los derechos fundamentales (Art. 2 C.P.). Las normas constitucionales no tienen la estructura de reglas que se excluyen de manera absoluta y que fungen como premisa mayor autoevidente en la elaboración de silogismos jurídicos. Por el contrario, la estructura abierta de tales preceptos vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre los contenidos normativos en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado. Uno de los mecanismos para conservar la integridad del principio de autonomía judicial frente a la posibilidad de tutela contra sentencias judiciales es el carácter excepcional de este tipo de amparo, al condicionar su procedibilidad a la configuración de alguno de los defectos genéricos señalados por la jurisprudencia constitucional.

5.- En procura de lo anterior, la Corte Constitucional desarrolló la tesis de la vía de hecho en

la que pueden incurrir los jueces al dictar sus fallos. Dicha postura tuvo como base que ante errores groseros y burdos en que se incidiera en una sentencia judicial, se debía proteger a los ciudadanos de lo que ello implicaba: la arbitrariedad y el capricho desprendidos de la conducta del juez. Ello se consideró como un deber del juez constitucional en los términos explicados en el acápite anterior.

6.- La referencia a la expresión vía de hecho, como forjadora de la idea de violaciones flagrantes y groseras de la Constitución, por sí sola no fue suficiente para englobar la imagen estricta de vulneración de derechos fundamentales a través de un fallo judicial. Por lo que, la Corte Constitucional matizó la utilización de la expresión en comento, presentándola como referida a derechos o principios concretos contenidos en la Carta. Así, estructuró la tesis de la vía de hecho según una tipología de defectos o vicios en los que podrían incurrir los jueces ordinarios al fallar. La vía de hecho por: “(i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.<sup>5</sup>”

7.- Empero, el desarrollo de esta tesis no paró allí. Este Tribunal Constitucional constató que el carácter arbitrario y/o caprichoso de una decisión judicial (primera etapa de la jurisprudencia en materia de tutela contra sentencias), así como la descripción de defectos concretos - en los que se convertía la noción genérica de vía de hecho - con incidencia directa en la vulneración de derechos fundamentales igualmente concretos, en cabeza de los ciudadanos (segunda etapa), tenía como fundamento la mera vulneración de la Constitución y no la presentación de un caso extremo en que tal vulneración fuera grosera frente al orden constitucional, como parece sugerir conceptual y jurídicamente la dicción vía de hecho (tercera etapa).

Surgió la necesidad de depurar la idea que la anulación de los efectos de un fallo judicial por medio de una orden de tutela, es la consecuencia directa de la vulneración de la Constitución, sin más consideraciones adicionales. Esto es, para la procedencia de la acción de tutela no hay vulneraciones más o menos extremas que otras. Si bien el grado de su afectación puede variar, esto no es óbice para que el juez constitucional deje de revisar el fallo cuestionado.

Causales de procedibilidad de la tutela contra sentencias y la configuración de la vulneración

de la Constitución como requisito. Evolución jurisprudencial.

8.- Dijo la Corte recientemente sobre la vulneración directa de la Constitución por parte de los jueces al decidir: “[e]stos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales<sup>6</sup>”. Esto, conforme ha venido llamando la atención sobre el hecho que “[e]n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una ‘violación flagrante y grosera de la Constitución’, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de ‘vía de hecho’.”(Subrayas fuera de texto)

9.- En efecto, se han estructurado los requisitos especiales de procedibilidad<sup>8</sup> de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se relacionan con el control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y están asociados con las actuaciones judiciales que conllevan una infracción de los derechos fundamentales. Así, en la citada C-590 de 2005 se redefinió la teoría de los defectos, así:

a. Cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece de competencia, defecto orgánico.

b. Defecto procedimental, se presenta cuando la violación de la Constitución y la afectación de los derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de procedimiento.

c. Cuando la vulneración de los derechos fundamentales se presenta con ocasión de problemas relacionados con el soporte probatorio de los procesos, como por ejemplo cuando se omiten la práctica o el decreto de las pruebas, o cuando se presenta una indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho (defecto fáctico).

d. Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a la denominada vía de hecho por consecuencia<sup>9</sup>.

e. Cuando la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que se refiere a la decisión misma y que se contrae a la insuficiente sustentación o justificación del fallo.

f. Defecto material o sustantivo se origina cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

g. Desconocimiento del precedente, esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior no es obstáculo para que en virtud de los principios de autonomía e independencia de la labor judicial, los jueces de tutela puedan apartarse del precedente constitucional, pero en tal evento tendrán la carga argumentativa, es decir, deberán señalar las razones de su decisión de manera clara y precisa para resolver el problema planteado.

En relación a la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: “Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

Por último, cabe destacar que sólo el desconocimiento de los precedentes sentados por la

Sala Plena de esta Corporación puede dar lugar a una nulidad de un fallo de tutela adoptado por una Sala de revisión por la causal de cambio de jurisprudencia, tal como ha manifestado de manera reiterada esta Corte, de allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional, tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión<sup>10</sup>.

h. Cuando la decisión del juez se fundamenta en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución o cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se presente solicitud expresa de su declaración, por alguna de las partes en el proceso<sup>11</sup>.

La aplicación de esta doctrina constitucional, tiene un carácter eminentemente excepcional, por virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela. Por esta razón, las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales deben estar presentes en forma evidente y ser capaces de desvirtuar la juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento<sup>12</sup>.

Además de lo anterior, para que la solicitud de amparo sea procedente en estos casos, debe darse cumplimiento al mandato según el cual ésta sólo procede en ausencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial, o para efectos de evitar un perjuicio irremediable. En las sentencias T-639 de 2003 y T-996 de 2003, esta Corporación resumió los requisitos de tipo formal para la procedencia de la acción de tutela, así:

“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se pretende prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial.

“b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los

mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción.

“c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es necesaria la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional.”

10.- Por otro lado, cabe señalar que como consecuencia de lo anterior, el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias la violación de la Constitución por parte del pronunciamiento en cuestión. Y segundo, se abandona la verificación mecánica de la existencia de tipos de defectos o de vías de hecho, por el examen material de las mencionadas causales de procedibilidad referente a la idoneidad para vulnerar la Carta de 1991.

En otras palabras, se llena de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo. Esto es, se precisa concretar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional. Lo cual quiere decir que la incursión en uno de los supuestos que hace procedente el amparo contra sentencias, por sí sola no cobra el peso suficiente para cesar los efectos de la decisión judicial, por orden del juez de tutela. Es indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución. De otra manera, se corre el riesgo de revocar fallos judiciales cuyos defectos tenían, sólo en apariencia, entidad suficiente que justificara su anulación.

El acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado. Reiteración de jurisprudencia.

11.- La necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, ha sido un asunto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera insistente y reiterada. Ha subrayado esta Corporación que, fuera de las actuaciones

expresamente exceptuadas por la Ley, todo acto administrativo debe ser motivado, al menos, de manera sumaria<sup>13</sup>. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado Social de Derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación<sup>14</sup>.

En tal sentido, la Corte ha subrayado también cómo la motivación de los actos administrativos es indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso y se relaciona estrechamente con la publicidad de los actos. Una actuación secreta o reservada impide ejercer el derecho de contradicción. Salvo las excepciones previstas por la Ley, el retiro debe ser siempre motivado.

En el caso de los cargos de carrera, esta de igual manera justificado lo anterior, por cuanto dichos cargos tienen una modalidad de ingreso consagrada en la Constitución. Por ello, incluso si se desempeña en provisionalidad, se debe presumir que su provisión es por concurso. Luego, si el retiro del empleado provisional, se da sin que haya mediado concurso, la carga de la autoridad es justificar por qué, pese a que no se implementó el mencionado concurso, tuvo lugar el retiro. Lo anterior constituye una de las diferencias estructurales, entre los retiros de empleados nombrados por la modalidad de libre nombramiento y remoción, y el evento de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera.

12.- En efecto, la ley prevé que, en ciertos casos, no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador<sup>15</sup>.” Esta clase de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación<sup>16</sup>.”

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución<sup>17</sup>.” Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno<sup>18</sup>.”

13.- Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Las personas que acceden a estos cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder pueden ocupar un puesto de carrera. La provisión de aquéllos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley<sup>19</sup>. En tal sentido, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

De igual manera, la ley prevé que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan 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”<sup>20</sup>. 14.- En numerosas ocasiones<sup>21</sup> y recientemente en sentencias T-222 de 2005 y T-123 de 2007, la Corte Constitucional consideró 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. 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’. 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<sup>22</sup> .”

Los actos por medio de los cuales se desvincula a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Esto lo subraya la Corte Constitucional en la sentencia de Sala Plena SU- 250 de 1998 cuando establece<sup>23</sup> que la motivación es un requisito indispensable para que pueda operar en debida forma el control sobre los actos administrativos. La falta de motivación, a juicio de esta Corporación, obstruye el acceso a la justicia en contravía con lo dispuesto por el artículo 229 superior. De tal suerte que, cuando se retira a una persona del cargo sin mediar motivación se pone al afectado en situación de indefensión y se desconocen, de paso, sus derechos derivados del artículo 29 de la Constitución que incluyen: el “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.”

15.- En este orden de ideas, enfatiza la Sala Plena que la garantía consignada en el artículo 29 superior abarca el principio medular de la 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.” Agrega la Sala, más adelante, que “[n]o 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 señalamiento que se le hace.”

16.- No sobra recordar en este lugar que, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, 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. No basta, por tanto, llenar páginas con información, doctrina o jurisprudencia que poco o nada se relacionan con el asunto en particular y luego en uno o dos párrafos decir que “por los motivos expresados” se procederá a desvincular al funcionario.

17.- Es necesario reparar una vez más en el sentido y en el alcance que tiene la motivación para quienes serán desvinculados de un cargo al que la ley le confiere características de

estabilidad, justamente por cuanto quienes los ocupan – así sea de modo temporal – cumplen con los méritos exigidos para tales efectos. El papel relevante de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se procede a desvincular funcionarios que ocupan de modo permanente o transitorio un cargo de carrera ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones y más recientemente en sentencias T-552 de 2005 y T-132 de 2007.

En esas oportunidades indicó la Corte cómo el artículo 209 superior determina el principio de publicidad de las actuaciones que se adelantan ante la administración pública. Existe, como se indicó, un nexo estrecho entre la exigencia de motivar los actos administrativos de desvinculación de cargos de carrera – hayan sido estos ocupados de manera permanente o pasajera – y el principio de publicidad. En tal sentido, expresó esta Corporación:

“el deber de motivar tales actos representa una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.”

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.”

18.- El requisito de la motivación se orienta, por lo demás, a satisfacer exigencias características de un gobierno democrático. De un lado, la obligación de rendir cuentas respecto de las actuaciones efectuadas. En otras palabras: la necesidad de explicar a los administrados por qué se ha obrado de una determinada manera, tal como lo disponen los artículos 123 y 109 de la Constitución Nacional: “(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)”. De otro lado, se liga con el compromiso de “administrar bien”, esto es, de cumplir con un grupo de tareas que garanticen un “examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que [se] proyecta[n], previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones

estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación<sup>24</sup>.” Por último, se conecta con la necesidad de facilitar el control de las actuaciones de la administración:

“así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo 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>25</sup>.”

19.- De lo expuesto se deriva la importancia que la jurisprudencia 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. De manera repetida ha establecido la Corte Constitucional que la acción tutela constituye una vía idónea para ordenar la motivación del acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente un funcionario nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, lo anterior con el propósito de garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.

20.- Por último, es preciso traer a colación la sentencia C- 279 de 2007, referente a los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”. En dicha oportunidad, la Corte reiteró las líneas jurisprudenciales sentadas en la materia, en los siguientes términos:

“En múltiples oportunidades<sup>26</sup>, la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna<sup>27</sup>. Los fundamentos de las anteriores decisiones se pueden resumir de la siguiente manera:

- El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 200628 se definió este derecho como: "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal<sup>29</sup>. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados<sup>30</sup>."

- La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso<sup>31</sup>.

- En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableció que cuando un servidor público ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculación debía ser motivado, "pues solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación"<sup>32</sup>. La Corte también ha distinguido entre la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción y la de los servidores de carrera, y resaltó que respecto de los primeros no existe el deber de motivación, en razón de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sí es necesaria dicha motivación<sup>33</sup>. Así, desde la sentencia T-800 de 1998 se estableció que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello." <sup>34</sup>

- Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en

condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción<sup>35</sup>. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada<sup>36</sup>. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo<sup>37</sup>.

- Finalmente, sobre la diferencia de posiciones entre lo sostenido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la sentencia T-884 de 2002 la Corte resaltó que “la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable.”<sup>38</sup> La anterior posición se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte para establecer que en estos casos la acción de tutela se entiende como un mecanismo autónomo respecto de la acción contenciosa, dado que no existe un mecanismo diferente para lograr

que la administración motive el acto.<sup>39</sup> De acuerdo a lo anterior, en los eventos en que la Corte ha encontrado fundada la solicitud de tutela, ha procedido a concederla, ordenando la motivación del acto para que el desvinculado la pueda controvertir en la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>40</sup>

Es preciso destacar que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario público nombrado en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que los funcionarios nombrados en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera, y en particular el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.”

Procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

22.- Pues bien, sobre la procedibilidad de la tutela contra providencias que desconocen la ratio decidendi de sentencias de tutela de la Corte Constitucional, esta Sala de Revisión en sentencia T- 548 de 2006 consideró lo siguiente:

“Esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior no es obstáculo para que en virtud de los principios de autonomía e independencia de la labor judicial, los jueces de tutela puedan apartarse del precedente constitucional, pero en tal evento tendrán la carga argumentativa, es decir, deberán señalar las razones de su decisión de manera clara y precisa para resolver el problema planteado.

En relación con la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: “Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i)

si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

Existe por tanto una clara línea jurisprudencial en el sentido de que procede la acción de tutela cuando quiera que el juez ordinario se aparte del precedente sentado por la Corte en sus fallos de amparo.

A la luz de los anteriores criterios esta Sala de Revisión analizará el caso objeto de revisión.

Análisis del caso concreto.

23.- En el caso que se revisa, Nerly del Carmen Feria Díaz fue nombrada en provisionalidad, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, inscrito en carrera administrativa, código 5025, grado 11, y mediante Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000, no motivado, proferido por el Alcalde de Sincelejo, fue declarada insubsistente. En febrero de 2001 interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Municipio de Sincelejo, cuestionando la legalidad del Decreto de 2000 por falta de motivación, infracción a la ley y desviación de poder. Mediante sentencia del 25 de agosto de 2006, el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala de Decisión N° 1 – resolvió negar las súplicas de la mencionada demanda de nulidad y restablecimiento, ya que según el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, “en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados”. Y, por demás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido de lo anterior que “el retiro de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado (...)”. De otro lado, encontró el juez contencioso, que los cargos relativos a inaplicación de la ley y desviación de poder, carecían de fundamentos suficientes para su configuración.

En septiembre de 2006, la actora interpuso recurso de apelación, que fue negado en noviembre de 2006 por la cuantía de la reclamación, pues en virtud de la entrada en vigor de la Ley 654 de 2005, el proceso es de única instancia.

Luego de ello, en marzo de 2007, interpuso acción de tutela contra la decisión del Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 - que resolvió no declarar la nulidad y restablecimiento del derecho, en relación con el acto administrativo (Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000) que sin motivación, la declaró insubsistente. Alega que la anterior decisión configura una vía de hecho, por cuanto inaplicó injustificadamente la jurisprudencia constitucional, según la cual existe un deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera en provisionalidad. Y, con ello, se han vulnerado sus derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad.

El Consejo de Estado negó el amparo solicitado con el único argumento de la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en los términos de la sentencia C- 543 de 1992.

24.- Antes de examinar la procedencia de la presente acción de tutela contra una providencia judicial, la Sala de Revisión advierte que la tutelante presentó su petición de amparo dentro de un plazo razonable. En efecto, la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 - fue proferida el 25 de agosto de 2006. Procedió a interponer recurso de apelación, el cual fue rechazado por el Tribunal en providencia del 29 de noviembre de 2006. La acción de tutela, por su parte, fue presentada el 8 de marzo de 2007.

Vulneración de los derechos fundamentales.

25.- La Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 -, incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela debido a que desconoció el precedente jurisprudencial sentado en numerosos y concordantes fallos de tutela en materia de violación de los derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad, por la ausencia de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se desvinculan funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

En efecto, Nerly del Carmen Feria Díaz fue nombrada en provisionalidad, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, y mediante Decreto N° 188 del 21 de noviembre de 2000, no motivado, proferido por el Alcalde de Sincelejo, fue declarada insubsistente. El anterior hecho, vulnera los derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad, tal como lo ha reiterado en numerosos fallos de tutela esta Corte. Y, dicha jurisprudencia fue

desconocida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el cual consideró la causal de nulidad consistente en la falta de motivación del acto de insubsistencia, carece de fundamento jurídico, pues en virtud del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, “el retiro de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado”.

Contrario a lo sostenido por el Tribunal, como se explicó en el acápite pertinente, la Corte Constitucional ha estimado que los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera, deben ser motivados, por cuanto sólo de esta manera el ciudadano puede controvertir ante los jueces competentes las razones que llevaron a declararlo insubsistente.

26.- Por las anteriores razones, la Sala de Revisión amparará los derechos de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad de la demandante de tutela. En consecuencia, esta Sala de Revisión, en la parte resolutive de la presente sentencia, revocará el fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado, Sala Administrativa, Sección Cuarta, del 14 de junio de 2007, en segunda instancia, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Nerly del Carmen Feria Díaz.

Así mismo, se dejará sin efectos la sentencia emitida el 25 de agosto de 2006, por el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 -, mediante la cual decidió denegar las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de tutela proferida el Consejo de Estado, Sala Administrativa, Sección Cuarta, del 14 de junio de 2007, en segunda instancia, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Nerly del Carmen Feria Díaz. En su lugar, se AMPARARÁN los derechos fundamentales de acceso a la justicia, debido proceso, estabilidad laboral e igualdad de la accionante.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS, la sentencia emitida el 25 de agosto de 2006, proferida por

el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 -, mediante la cual se decidió denegar las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la accionante.

TERCERO. ORDENAR al Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión N° 1 -, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, de inicio a la adopción de las medidas necesarias para volver a pronunciarse sobre el expediente radicado 2001- 0324, cuya demandante es la señora Nerly del Carmen Feria Díaz, contra del Municipio de Sincelejo.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-800 de 1998

2 T-297 de 2004, reiterando SU-250 de 1998 y SU-086 de 1999

3 Énfasis del texto.

4 Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de

2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997, entre otras.

5 T-1031 de 2001 citada recientemente en la T-453 de 2005.

6 C-590 de 2005.

7 T-774 de 2004 , citada en la C-590 de 2005

8 Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461 de 2003, T-589 de 2003, T-606 de 2004, T-698 de 2004, T-690 de 2005, entre otras.

9 Ver sentencia SU-014 de 2001.

10 Ver Auto A-330 de 2006.

11 Al respecto pueden consultarse las sentencias SU-1184 de 2001, T-522 de 2001 y T-1265 de 2000.

12 Sentencia T-933 de 2003, entre otras.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999.

14 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998.

15 Así lo expresó en la sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

16 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

19 Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.

20 Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

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

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

23 En aquella ocasión le correspondió a la Sala Plena pronunciarse sobre el caso de una persona nombrada en interinidad para desempeñar el cargo de notaria y fue desvinculada sin mediar motivación alguna.

24 Sentencia T-552 de 2005.

25 Ibíd..

26 Ver, entre otras, las sentencias T-1206 de 2004; T-031 de 2005; T-161 de 2005; T-222 de 2005; T-267 de 2005; T-392 de 2005; T-648 de 2005; T-660 de 2005; T-804 de 2005; T-1159 de 2005, T-1162 de 2005; T-1310 de 2005; T-1316 de 2005; T-1323 de 2005; T-081 de 2006; T-156 de 2006; T-653 de 2006.

27 Sobre la procedencia de la acción de tutela estableció que ésta cabía como mecanismo definitivo ya que no existe un mecanismo de defensa alternativo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados con la falta de motivación del acto administrativo. Lo anterior, ya que si bien es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ésta tiene como objeto controvertir la legalidad del acto y no su adecuación a la Constitución, fin para el cual la acción de tutela se encuentra encaminada.

28 MP: Humberto Sierra Porto.

29 Ver sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en

general”.

30 Ver sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

31 sentencia SU-250 de 1998. En esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto señaló: “La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo 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. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

“(…)

“El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.”

(…) “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. (…)”

32 Sentencia SU-250 de 1998. “Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio.” En la sentencia T-951 de 2004 se hizo un recuento de la jurisprudencia sobre el tema y sobre la motivación de los actos de desvinculación en razón al interés público establecido en la sentencia SU-250 de 1998. Al respecto se dijo: “En la misma providencia, la Corte hizo una aseveración de carácter general que vincula la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación con el requerimiento de protección del interés público. Ciertamente, la Corte aseguró que interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad, previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.”

33 T-951 de 2004. “Finalmente, la Corte distinguió entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo.

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

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

razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador. (Sentencia SU-250 de 1998)””

34 Sentencia T-800 de 1998; Sentencia T-610 de 2003. “Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción.” Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-752 de 2003: “Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa.” A su vez la sentencia T-1011 de 2003 “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen.” Ver también sentencias T-222 de 2005

35 Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998; C-734 de 2000; T-884 de 2002; T-519 de 2003; T-610 de 2003. T-222 de 2005; T-660 de 2005: “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 a 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.”: T-116 de 2005: “Ahora bien, pese a la transitoriedad de estos nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera administrativa en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, ya que su desvinculación no puede estar sujeta a la discrecionalidad del nominador como está permitido en los cargos de libre nombramiento y remoción, sino que debe fundamentarse en una falta disciplinaria o porque se proveyó la vacante, luego de realizar el respectivo concurso.”; Sentencia T-1310 de 2005. Sentencia T-1316 de 2005: “Recientemente, la Corte tuvo la posibilidad de reiterar esta regla en la Sentencia T-1240 de 2004, destacando que el retiro del funcionario con estabilidad intermedia, es decir, quien ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional, sólo puede darse si el empleo se va a proveer por el sistema de méritos o porque exista una razón suficiente desde la perspectiva del servicio para su retiro:

“Encuentra la Sala que no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción. Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aun cuando sean ocupados en provisionalidad. En este evento, el retiro del empleado solo puede obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio” (Sentencia T-1240 de 2004.)

En síntesis, aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre, pues el proceder en este último caso depende de la existencia de una relación de confianza con el nominador,

circunstancia que no tiene ocurrencia en los cargos de carrera aun cuando hayan sido provistos en provisionalidad.”

36 En la sentencia T-081 de 2006 se reiteró la anterior posición y se recordó la jurisprudencia que así lo ha establecido desde tiempo atrás: “Para la Corte, si bien la Constitución otorga esta facultad al Fiscal General de la Nación, no debe desconocerse que dicha potestad no puede ejercerse sino “de conformidad con la ley” y aunque es discrecional no debe interpretarse como arbitraria. Al respecto en sentencia C-031 de 1995 se dijo:

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.””

38 Sentencia T-884 de 2002 “Pues bien. Para esta Sala de Revisión esa jurisprudencia que el Consejo de Estado tiene sentada sobre la materia, resulta a todas luces válida cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y luego de un amplio debate probatorio, se habrá de determinar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad.

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de

tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental y, es en ese sentido y propósito que deben entenderse las afirmaciones de la Corte Constitucional consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998”.

39 Sentencia T-1326 de 2005 “Más recientemente, esta Corporación reiteró que, “cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial. Sin embargo, no es la tutela, en principio, la vía adecuada para dirimir esa controversia, y la persona afectada debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del acto y mostrar que con el mismo se incurrió en una desviación de poder.”

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha reconocido que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial para obtener que la Administración produzca la motivación del acto administrativo de desvinculación y, por lo tanto, en esos eventos, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos.” Ver, entre otras, las sentencias T-1240 de 2004, T-031 de 2005; T-610 de 2003.

40 Sentencia T-1323 de 2005 “En los eventos en que la tutela resulta procedente la Corte ha ordenado que la Administración motive el acto administrativo y, de esa forma, se garantiza que el afectado pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir las razones de la administración. Si pese a la orden judicial, la Administración omite motivar el acto, esta Corporación ha señalado que dicha omisión “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.” (Corte Constitucional, Sentencia T-1240 de 2004,. Ver también las sentencias T-031 de 2005, , T-752 de 2003,.)”