

Sentencia T-1159/05

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para analizar la validez de una resolución de desvinculación de personal de carrera nombrado en provisionalidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional cuando se evidencia perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para ordenar el reintegro inmediato al cargo

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

ACCION DE TUTELA-Formas de evitar la ocurrencia de perjuicio irremediable en casos de desvinculación de empleados de carrera nombrados en provisionalidad

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

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

EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD-En caso de nombramiento por concurso público no es necesaria la motivación del acto administrativo de desvinculación

La motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable -so pena de vulnerar el debido proceso-, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal necesidad de motivación cesa cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA-Trabajadora en grave

estado de salud que ejercía cargo de carrera administrativa en provisionalidad y fue desvinculada sin motivación

Referencia: expediente T-1159818

Peticionaria: Alba Lucy Zarama Guerra

Accionado: Fiscalía General de la Nación

Magistrado Ponente:

Bogotá D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil cinco (2005)

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

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, el 11 de mayo de 2005, y la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, el 6 de julio de 2005

### I. HECHOS

1. Manifiesta Alba Lucy Zarama Guerra que el 1º de abril de 1998 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado I, en la Dirección de la Fiscalía Seccional Administrativa y Financiera de Pasto.
2. Indica que el 15 de abril de 2003, gracias a su buen desempeño, fue ascendida, en provisionalidad, al cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado II, en la misma Dirección.
3. Afirma que el 19 de febrero de 2004, en virtud de su buena labor, fue designada provisionalmente en el cargo de Asistente Administrativo Grado II, en la misma dependencia.

4. No obstante, señala, mediante Resolución No 0-1284 del 1º de abril de 2005, sin motivación alguna, la Fiscalía General de la Nación la declaró insubsistente.

5. Agrega que si bien en diciembre le fue imposible entregar la liquidación de bonos pensionales llegados para trámite ese mes, esto se debió a las innumerables funciones que cumplía. Además, para superar ese retraso se quedó a trabajar después de las seis de la tarde, como se lo indicó su superiora jerárquica.

6. En este orden de ideas, estima que no existió razón alguna para su desvinculación.

7. Posteriormente, afirma que debido a la alta carga de trabajo que tuvo que asumir mientras estaba vinculada a la Fiscalía desarrolló enfermedades depresivas e incluso llegó a estar hospitalizada, por desórdenes siquiátricos, al recibir la noticia de la desvinculación.

8. Solicita que se conceda la tutela transitoria a sus derechos al trabajo y al mínimo vital de ella y su familia de cuatro hijos, de la cual es madre cabeza.

9. Para justificar la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, hace énfasis en su delicado estado de salud, y la precaria situación económica de ella y su familia.

10. Finalmente, como pretensión, la actora indica el reintegro al cargo que venía desempeñando.

Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

Magnolia Valencia González, como jefe de la oficina jurídica de la Fiscalía General de la Nación, solicitó se negara la presente tutela.

En primer lugar, la Fiscalía indica que el cargo que desempeñaba la actora si bien era de carrera, no fue ocupado a través de la realización de un concurso, puesto que el nombramiento fue en provisionalidad.

Al estar nombrada en provisionalidad, la actora era de libre nombramiento y remoción, tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado. En consecuencia, su desvinculación podía sustentarse en razones de buen servicio. Esto, según la Fiscalía, también ha sido respaldado por la Corte Constitucional la cual ha sostenido que la

desvinculación de los cargos de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación.

El acto de declaratoria de insubsistencia está cubierto por la presunción de legalidad. Por tanto, si se quiere cuestionar su validez se debe acudir a la vía contencioso administrativa.

De otra parte, agrega que los fallos de la Corte Constitucional han sido uniformes en afirmar que la tutela no procede para lograr el reintegro de la personas desvinculadas de cargos públicos. Agrega que el acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar el acto de desvinculación es un mecanismo idóneo en la medida en que le permite solicitar la suspensión provisional del acto. Además, no se presenta un perjuicio irremediable puesto que al desvincular a la actora se le pagaron sus cesantías, cuyo fin es mantener económicamente a la persona cesante o desvinculada.

## I. DECISIONES JUDICIALES

### A. Primera Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, en sentencia del 11 de mayo de 2005, concedió la tutela por considerar que la condición de madre cabeza de familia hacía acreedora a la actora de un tratamiento especial y, por tanto, se debería dar una protección transitoria mientras la jurisdicción ordinaria definía lo pertinente a la legitimidad del retiro.

En consecuencia, ordenó el reintegro de la actora al cargo de Asistente Administrativo Grado II y se le advirtió a la demandante el deber de iniciar el proceso ante lo contencioso administrativo en el término de cuatro meses siguientes al fallo de tutela.

### Impugnación de la entidad accionada

La Fiscalía General de la Nación insistió en el hecho de que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí es un mecanismo idóneo, en virtud de la posibilidad de decretar la suspensión provisional del acto demandado.

### B. Segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, revocó el fallo del a quo, mediante sentencia del 6

de julio de 2005, por existir un mecanismo ordinario de protección de los derechos de la actora y no encontrar probada la existencia de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que recibió las cesantías al momento de la desvinculación. En virtud de la revocatoria del fallo de primera instancia ordenó dejar sin efectos las actuaciones surtidas con ocasión de éste.

## I. PRUEBAS

1. Acta de posesión en provisionalidad, del 1 de mayo de 1998, de la señora Alba Lucy Zarama Guerra en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Pasto, con un salario de \$ 335.513.

2. Resolución No 0805 del 15 de abril de 2003, mediante la cual se nombra en provisionalidad a la actora en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Pasto.

3. Acta No 033, del 2 de mayo de 2003, en la cual se posesiona a la actora en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Pasto, con un salario de \$565.549.

4. Resolución No 0578 del 19 de febrero de 2004, mediante la cual se nombra en provisionalidad a la actora en el cargo de Asistente Administrativo II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Pasto.

5. Acta No 033, del 1 de marzo de 2004, en la cual se posesiona a la actora en el cargo de Asistente Administrativa II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Pasto, con un salario de \$746.318.

6. Resolución No 1284, del 1 de abril de 2005, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declara insubsistente el nombramiento de Alba Lucy Zarama Guerra del cargo de Asistente Administrativo II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Pasto.

7. Oficio DSAF-0104 del 14 de marzo, suscrito por la Directora Seccional Administrativa y Financiera, en el cual se le solicita a la demandante adelantar a partir de las 6:00 p.m. el trabajo relacionado con los bonos pensionales aún no entregados y se advierte que el incumplimiento de la solicitud acarrearía informe a la oficina de Control Disciplinario Interno. Igualmente, se pide solucionar ciertas inconsistencias informativas sobre la liquidación de cesantías del Fondo Nacional del Ahorro.

8. Escrito del 16 de marzo de 2005, en el cual la señora Zarama Guerra explica a la Directora Seccional Administrativa y Financiera que el retraso en la entrega del análisis de los bonos pensionales se debió, como se había conversado con la Directora, a la imposibilidad física derivada de las numerosas labores que venía desempeñando para el mes de diciembre, a las cuales se había dedicado incluso hasta altas horas de la mañana. Igualmente en el escrito se explica que esto no implica que no se vaya a quedar después de las 6:00 p.m. para concluir con las labores asignadas. Por último, se afirma que las inconsistencias informativas señaladas no existen, sino que son fruto de una indebida lectura.

9. Historia médica de la demandante en la cual consta que el 7 de marzo de 2005 acudió a Unisalud IPS por alteraciones anímicas, insomnio, somnolencia en el día y estrés por problemas en el trabajo. Además, que el 10 de marzo de 2005 se le diagnosticó depresión mayor, motivo por el cual se le dio una incapacidad de 10 días.

10. Historia clínica de urgencias de la Clínica Nuestra Señora de Fátima S.A. en la cual consta que después de información de situación laboral entró en crisis, perdió completamente el habla y quedó temblando, motivo por el cual se dejó en observación en la Clínica.

11. Incapacidad diligenciada el 5 de abril de 2005 en la cual consta como resumen clínico “paciente quien posterior a información laboral entra en crisis, pierde el habla.”

12. Epicrisis de psiquiatría del 11 de abril de 2005 en la cual consta que la paciente, actora en la presente tutela, estuvo hospitalizada del 6 al 11 de abril de 2005 por trastorno por estrés agudo. Se indica en el documento: “paciente quien ha estado sometida en últimos meses a estrés en su ambiente laboral el cual había podido soportar, pero le genera inicialmente síntomas ansiosos, neurovegetativos, por lo cual envían a esta institución, donde se inicia manejo con impresión diagnóstica de reacción de ajuste, y se obtiene mejoría

parcial, pero en el trabajo, empeoran los estresores,[lo cual concluye en] trastorno por estrés agudo.”

13. Registro de nacimiento en el cual consta que José León Chaves Zarama nació el 3 de mayo de 1986 y es hijo de Alba Lucy Zarama.

14. Certificado de la Universidad de Nariño en el cual consta que José León Chaves Zarama cancela por concepto de matrícula \$346.200.

15. Registro de nacimiento en el cual consta que Cristian Camilo Chaves Zarama nació el 17 de agosto de 1988 y es hijo de Alba Lucy Zarama.

16. Certificado de la Institución educativa municipal Normal Superior de Pasto en el cual consta que Cristian Camilo Chaves Zarama se encuentra cursando once grado.

17. Registro de nacimiento en el cual consta que Sebastián Chaves Zarama nació el 15 de mayo de 1990 y es hijo de Alba Lucy Zarama.

18. Certificado del Instituto Champagnat de Pasto en el cual consta que Sebastián Chaves Zarama se encuentra cursando noveno grado.

Mediante auto del 13 de octubre, la Sala Sexta de Revisión ofició a la Directora de la Dirección de la Fiscalía Seccional Administrativa y Financiera de Pasto para que informara a esta Corporación si el Cargo de Asistente Administrativo Grado II, que venía desempeñando la señora Alba Lucy Zaruma Guerra en la Dirección de la Fiscalía Seccional Administrativa y Financiera de Pasto está siendo ocupado por algún funcionario.

En escrito del 26 de octubre de 2005, la Directora allegó escrito de la Analista de Personal de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía en Pasto en el cual se certifica que el cargo de Asistente Administrativo I, el cual fue ocupado por la señora Alba Lucy Zarama Guerra se encuentra vacante.

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

##### A. Competencia.

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

## A. Fundamentos

### 1. Problemas jurídicos

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

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

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

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

pagan el canon del arrendamiento correspondiente.

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

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

Más recientemente, la Sala Sexta de Revisión, en la Sentencia T-951/04 encontró que la tutela era procedente para proteger los derechos fundamentales de una exfuncionaria de la Gobernación del Huila - desvinculada sin motivación aduciendo que su nombramiento era en provisionalidad-. La Sala otorgó la protección, en razón a su calidad madre cabeza de familia cuya hija se encontraba próxima a la realización de una operación.

De otra parte, en la Sentencia T-161/05 la Corte encontró improcedente la tutela para ordenar el reintegro de un trabajador de la Fiscalía que había sido desvinculado sin motivación, a pesar de ocupar cargo en provisionalidad, pues el mero hecho de quedar sin empleo no generaba un perjuicio irremediable<sup>2</sup>.

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

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo

anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay

postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”.

2.3. La señora Alba Lucy Zarama Guerra, actora de la presente tutela, se encuentra en una situación tal que permite la procedencia de la tutela. En efecto, la inminencia, urgencia y gravedad del caso que llevan a la existencia de un perjuicio irremediable se sustentan en el hecho de que: a) el estado de salud de la actora es altamente delicado; ciertamente, la crisis psicológica derivada del estrés laboral que padecía la actora antes de la desvinculación de su trabajo la llevó a estar incapacitada. Tal crisis se agravó al conocer de la noticia de la desvinculación, tanto así que la actora quedó sin habla y tuvo que ser hospitalizada. b) La señora Zarama es madre cabeza de familia de tres hijos uno de los cuales si bien es adulto, recientemente adquirió su mayoría de edad y se encuentra estudiando; c) finalmente, la actora manifiesta estar viviendo en casa de su madre -afirmación no controvertida-, de lo cual se infiere que no tiene vivienda propia.

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

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

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

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

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

Un recuento pleno de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de protección al debido proceso administrativo en el asunto bajo estudio fue realizado por la Sentencia T-951/04, arriba relacionada, en la cual después de determinada la procedencia de la tutela, la Sala evidenció que sí se había presentado una vulneración por la carencia total de motivación del acto de desvinculación de la funcionaria en provisionalidad<sup>3</sup>. Dijo la Corporación:

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

(...)

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

(...)

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

De manera enfática, la Sala determinó que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.<sup>4</sup>”.

(...)

En la Sentencia C-734 de 2000 la Sala Plena de la Corte acogió las consideraciones vertidas en la SU-250 de 1998 a propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 19685. Allí advirtió nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe.

Esta posición fue ratificada en la Sentencia T-884 de 2002, cuando la Sala Novena de Revisión de tutelas concedió la protección constitucional a una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación cuya resolución de desvinculación de la entidad, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no fue motivada.

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

(...)

Con posterioridad, en la Sentencia T-610 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de tutelas de la Corte concedió la protección constitucional a la empleada del Hospital departamental de

Nariño, quien había sido desvinculada de un cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. La Corte determinó que “la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado”<sup>6</sup>.

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

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción. (Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

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

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

Política y las leyes establecen”7.

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

(...)

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

Por último, en la Sentencia T-1206 de 2004, la Sala Primera de Revisión concedió la tutela a una Fiscal Delegada ante Juzgados Municipales, que fue desvinculada por resolución no motivada, pese a estar ocupando un cargo de carrera, aunque en provisionalidad.

En conclusión, la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable -so pena de vulnerar el debido proceso-, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal necesidad de motivación cesa cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.

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

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

“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa

judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”

El fundamento de dicha posición radica en la necesidad de mantener en orden las competencias jurisdiccionales y de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario<sup>8</sup>

Además de que la tutela no es, en términos generales, el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo. En la Sentencia SU-250 de 1998 se sostuvo que “la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo”<sup>9</sup>. La misma tesis fue objeto de reiteración en la Sentencia T-756 de 1998, en donde se señaló que la acción procedente para obtener el reintegro del servidor del Estado es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

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

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

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

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

Igualmente, en el fallo T-884/02 se ordenó el reintegro, hasta que la jurisdicción contencioso administrativa decidiera sobre el asunto, puesto que encontró que “Mutatis mutandis, los criterios de la Corte expuestos en la sentencia en cita, resultan perfectamente aplicables al caso de la aquí accionante CLARA AURORA MAYA GÓMEZ, puesto que: (i) ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad desde el 31 de enero de 200011; (ii) dada la forma en que se realizó la provisión del empleo de carrera (provisionalidad), en nombramiento no podía exceder de seis meses y la entidad estaba obligada a proveer el cargo mediante proceso de selección (artículo 77 del Decreto 1155 de 1999), y ello, por razones ajenas a la accionante, no se hizo y aún no se ha hecho; y (iii) a la actora no se le adelantó proceso disciplinario alguno que sirviera de apoyo para declarar insubsistente su nombramiento12.”

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

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

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

Del caso concreto

La Sala Sexta de Revisión de tutelas concederá la tutela al debido proceso a la señora Alba Lucy Zarama Guerra por considerar que la Fiscalía General de la Nación omitió, de manera

ilegítima, la motivación del acto de desvinculación de la tutelante.

Está probado que, sin exponer motivación alguna, mediante Resolución No 0-1284 del 1º de abril de 2005, la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente a la accionante del cargo de Asistente Administrativo II. En la parte considerativa quedó ampliamente demostrado que, así el nombramiento de un funcionario de carrera esté hecho en provisionalidad, esto no lo equipara en cuanto al eximente de motivación a la desvinculación de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

En la respuesta de la Fiscalía a la acción de tutela no se señaló que el acto de desvinculación tuviera algún motivo, sino que se insistió en que la entidad estaba en la facultad de desvincularla sin motivación. Esto lleva a la Sala a ordenar que se expida de nuevo el acto con motivación ajustada a derecho.

Si bien la Sala procederá a ordenar la expedición de una resolución motivada, con razones diferentes al uso de la potestad discrecional de desvinculación, no se ordenará el reintegro inmediato, atendiendo a las posibles razones que tuvo la administración para desvincular a la señora Zarama. Lo anterior, toda vez que no consta en el expediente que la desvinculación se haya debido al mero capricho de la administración.

Una vez proferido el nuevo acto por parte de la Fiscalía, en caso de que no se encuentren razones válidas a la luz de esta providencia para la desvinculación, se procederá al reintegro inmediato de la accionante al cargo de Auxiliar Administrativo II -el cuál aún no ha sido proveído<sup>13</sup>-, atendiendo a su especial situación de salud, y a la afectación del mínimo vital que la desvinculación ha generado.

De otra parte, se advertirá a la peticionaria que si la administración aduce una razón diferente a la discrecionalidad para la desvinculación, ella tendrá la oportunidad de cuestionar la validez del acto administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa.

## V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 6 de julio de 2005 por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, y en su lugar CONCEDER la tutela al debido proceso y al mínimo vital de la peticionaria Alba Lucy Zarama Guerra.

Segundo.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a dictar el acto administrativo correspondiente a la motivación de la declaración de insubsistencia del nombramiento de la peticionaria en el cargo que venía ejerciendo. En caso de que la Fiscalía General de la Nación incumpliere con la obligación de señalar las razones –ajustadas a derecho de acuerdo a las consideraciones de la presente sentencia- de la desvinculación, la misma deberá reintegrar a la peticionaria, en forma inmediata, al cargo que venía ocupando.

Tercero.- ADVERTIR a la peticionaria que contra el acto administrativo dictado por la Fiscalía General de la Nación, podrá ejercer las acciones contencioso administrativas pertinentes, en los términos indicados por el C.C.A. Para tales efectos, los términos empezarán a contarse a partir de la notificación del nuevo acto administrativo que se expida.

Cuarto. Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

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

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

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

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

5 “Decreto Ley 2400 de 1968 Artículo 26.-El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.”

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

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

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

9 Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

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

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

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

13 Ver certificación allegada, por solicitud de la Corte, por la Fiscalía General de la Nación.