

Sentencia T-1206/04

INSUBSISTENCIA EN CARGO EN PROVISIONALIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-
Procedencia de tutela

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de carrera administrativa/DERECHO A LA
ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en
provisionalidad cuando no se ha hecho concurso

El hecho de que una persona se encuentre vinculada en provisionalidad en un cargo de
carrera judicial, no implica que su estabilidad laboral sea tan precaria como la de un
empleado que está en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, la
administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede
desatender su obligación de motivar la decisión que adopte en este sentido.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por no motivación de acto de retiro del
servicio

Acción de tutela instaurada por Pablo Andrés Segura Quiñónez contra la Fiscalía General de
la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME
ARAÚJO RENTERÍA, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en
ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

que pone fin al trámite de revisión de las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal
Superior del Distrito Judicial de Cali y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia el 12 de mayo y el 30 de junio de 2004 respectivamente, dentro de la acción de tutela incoada por Pablo Andrés Segura Quiñónez contra la Fiscalía General de la Nación.

I. LOS ANTECEDENTES.

1. Los hechos.

El actor alega que en su contra no existe causa alguna que justifique su retiro del servicio y, además, que se le declaró insubsistente sin que se motivara el acto administrativo respectivo; contrariando, con esto último, a su juicio, sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, pues para impugnar su retiro ante la justicia requiere tener conocimiento de las razones de su desvinculación.

2. Las pretensiones.

En la solicitud de tutela el actor demanda la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y, consecuentemente, que se ordene al Fiscal General de la Nación que expida el acto administrativo con las razones de su desvinculación, anexando los soportes documentales del caso.

3. La intervención de la Fiscalía General de la Nación.

En su respuesta, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Fiscalía General de la Nación plantea, principalmente, dos argumentos para sostener la improcedencia de la acción de tutela: (i) la situación de libre nombramiento y remoción en que estaría el señor Segura Quiñónez; y (ii) la existencia de otros medios judiciales para la protección de sus derechos fundamentales y la ausencia de un inminente perjuicio irremediable.

En efecto, según esta funcionaria, el actor, pese a que ocupó un cargo de carrera, fue nombrado en provisionalidad y, en consecuencia, no se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Escalafón; por tanto, considera, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que su situación se asemejaba a la de un empleado de libre nombramiento y remoción y que, por ello, el Fiscal General de la Nación podía hacer uso de la facultad discrecional que le otorga la Constitución Política para desvincularlo, sin necesidad de motivar el acto respectivo, pues, a su juicio, se presume que el retiro obedeció al mejoramiento del servicio.

De otro lado, también alega que el actor cuenta con la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir la legalidad de su desvinculación, en la cual, agrega, incluso puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que declaró su insubsistencia. En todo caso, afirma que Segura Quiñónez no está abocado a un perjuicio irremediable, en la medida en que un eventual fallo favorable a sus intereses traería como consecuencia no sólo el pago de sus salarios y prestaciones, sino también el reintegro al servicio.

Finalmente, destaca que no ha habido desidia de la Fiscalía General de la Nación en la implantación del concurso para proveer los cargos de carrera en esta entidad y solicita que se declare improcedente el amparo constitucional solicitado (fls.84 y s.s. C-1).

4. Las decisiones objeto de revisión.

4.1. La sentencia de primera instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Calí declaró improcedente la acción de tutela, bajo la consideración de que existía otra vía de protección para los derechos del actor y porque, en todo caso, el Fiscal General de la Nación estaba en la facultad de desvincularlo del cargo sin necesidad de motivar su decisión.

En efecto, a juicio del a quo, el señor Segura Quiñónez pretende a través de la acción de tutela ventilar un asunto que es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, pues es ante esta instancia donde debe debatir la razones que tuvo la entidad accionada para declarar su insubsistencia y si las mismas se ajustan a los parámetros de la Constitución Política y la Ley.

Por otra parte, ningún reparo le mereció al tribunal que el Fiscal General de la Nación no hubiese motivado la Resolución No.896 de 2004, ya que, en su concepto, y con apoyo de la sentencia del Consejo de Estado del 14 de agosto de 2003¹, al estar el actor nombrado en provisionalidad el régimen jurídico aplicable para efectos de su situación laboral era el de los empleados de libre nombramiento y remoción y, por tanto, su empleador no estaba en la obligación de motivar el acto de insubsistencia.

Así las cosas, el tribunal no encontró vulnerado el derecho al debido proceso del accionante, así como tampoco el derecho a la igualdad, toda vez que no acreditó la existencia de un trato

discriminatorio.

4.2. La sentencia de segunda instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la impugnación presentada por el accionante, confirmando en decisión dividida la sentencia de primera instancia².

En su decisión, el ad quem consideró que la decisión de declarar insubsistente al señor Segura Quiñónez tiene un ámbito de discusión distinto al de la acción de tutela, pues para controvertir la decisión del Fiscal General de la Nación se debe acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa como medio de protección judicial de los derechos fundamentales del actor. Para la Corte, la sola falta de motivación del acto controvertido no es razón suficiente para analizar por vía de tutela el caso concreto, toda vez que dicha omisión viene sustentada en desarrollo de la denominada motivación ficta.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Penal considera que la acción de tutela es improcedente en el presente caso, con más veras cuando no se ha acreditado la inminencia de un perjuicio irremediable.

Como pruebas relevantes en el presente caso se tienen:

a.) Copia de la Resolución No. 896 del 9 de marzo de 2004, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del señor Pablo Andrés Segura Quiñónez (fls.11 C-1)

b.) Oficio No.02208 del 9 de marzo de 2004 de la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual se notifica al señor Segura Quiñónez la Resolución No. 896 de 2004 (fls.10 cuaderno ut supra).

II. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES.

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las

decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

2. El asunto bajo revisión.

En el caso sub examine el actor invoca la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, pues, a su juicio, la Fiscalía General de la Nación trasgredió estos derechos al declararlo insubsistente de su cargo de fiscal delegado ante los jueces penales municipales, en el cual había sido nombrado en provisionalidad, mediante acto que no fue motivado.

La provisionalidad es una forma de proveer transitoriamente los cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el “fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera (...) se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.”³

Respecto de este tema, valga recordar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso.

En efecto, en sentencia T-800 de 1998, la Corte Constitucional⁴ expuso:

“La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.”
(Negrillas fuera del texto)

En cuanto a esto último, es importante resaltar que la precariedad laboral que sufren la gran mayoría de funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación es imputable a esta entidad, ya que, en claro desconocimiento del artículo 125 de la Constitución Política, aún no ha convocado a concurso para proveer los cargos de carrera dentro de su planta de personal. Esta irregular situación coloca a los funcionarios y empleados nombrados en provisionalidad en una situación de indefensión, pues no son ellos los llamados a convocar el concurso, pero se ven afectados con la negligencia de la entidad encargada de realizarlo, en la medida en que ésta realiza acciones que afectan o amenazan los derechos fundamentales de sus trabajadores, tales como el derecho al trabajo, al debido proceso o al mínimo vital.

Ahora bien, pese a lo anterior, debe aclararse que la jurisprudencia también tiene establecido que, de ordinario, la tutela no es la vía adecuada para que los empleados y funcionarios que padezcan esta situación reclamen sus derechos, puesto que para estos casos cuentan con la jurisdicción contenciosa administrativa; instancia, que se revela como la vía judicial idónea para debatir la ineficacia de los despidos y demandar el reintegro laboral, a menos, claro está, que se trate de una persona en particulares circunstancias de indefensión, cuya situación amerite la intervención del juez de tutela⁵.

No obstante lo dicho en precedencia, tenemos que una lectura detenida de la solicitud de tutela revela que el señor Segura Quiñónez no pretende a través de esta garantía

constitucional controvertir la decisión del Fiscal General de la Nación de declararlo insubsistente, sino cuestionar el que dicha autoridad no haya motivado ese acto administrativo. Es decir, el problema jurídico a resolver no se centra en la relativa estabilidad laboral a la que tendría derecho el actor por estar vinculado en provisionalidad a un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación, ni en la procedencia de la acción de tutela para el restablecimiento o defensa de este derecho; el problema, a juicio de la Sala, se circunscribe a determinar si con la ausencia de motivación de la declaratoria de insubsistencia se transgredieron los derechos fundamentales del accionante, al punto que la pretensión de éste último se reduce a la expedición de un acto explicativo de las razones de su desvinculación y, si es del caso, a la entrega de los documentos que sirvieron de respaldo para dicha decisión.

En cuanto a este aspecto, resulta especialmente esclarecedora la sentencia de unificación SU-250 de 19986, en la cual esta Corte, con fundamento en el artículo 209 de la Constitución Política, puso de presente que en el ordenamiento jurídico colombiano prima el principio de publicidad en las actuaciones administrativas como forma de control de la arbitrariedad y que, por tanto, existe como regla general la obligación de motivar los actos de esa naturaleza, salvo en los eventos en que la Ley expresamente releve de este deber a las autoridades públicas⁷.

La providencia mencionada dijo en cuanto a estas excepciones:

“(…)

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 “intuitu personae” entre el

nominado y el nominador.

(...)

Y, en el caso concreto de las competencias del Presidente de la República, la propia Constitución en el artículo 189, numerales 1º y 13 permite que “nombre y separe libremente a los ministros del despacho y a los directores de departamentos administrativos” y “nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley” (subrayas y cursivas del texto).

(...)”.

Y, además, en cuanto al debido proceso, agregó que:

“El problema que se plantea en esta tutela, en relación con el debido proceso, es si la falta de motivación para el retiro constituye violación de aquél derecho.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción. (Negrilla de la Sala)

(...)

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

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un (sic.) indefensión constitucional. El art. 29 C. P.

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

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

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

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

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

Las consideraciones anteriores, aunque se refieren a la desvinculación de los notarios en interinidad, son plenamente aplicables al caso que aquí se debate, pues, conforme a lo dicho inicialmente, el hecho de que una persona se encuentre vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera judicial, no implica que su estabilidad laboral sea tan precaria como la de un empleado que está en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, la administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede desatender su obligación de motivar la decisión que adopte en este sentido.

En este orden de ideas, considera la Sala que el Fiscal General de la Nación vulneró el derecho al debido proceso del señor Pablo Andrés Segura Quiñónez al no motivar la

Resolución No. 896 del 9 de marzo de 2004, ya que, al no estar vinculada esta persona a un cargo de libre nombramiento y remoción, y como quiera que la sola condición de empleado en provisionalidad no es suficiente para predicar dicha calidad, la autoridad accionada debió sustentar las razones por las cuales decidió prescindir de sus servicios.

Por consiguiente, la Corte tutelaré el derecho al debido proceso del actor y declarará la nulidad de la Resolución No. 896 del 9 de marzo de 2004, a fin de que la autoridad accionada expida un nuevo acto administrativo en el cual se motive la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Segura Quiñónez y, así, éste último tenga la posibilidad de controvertirla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por último, resta por aclarar que la Sala no se pronunciará acerca de la presunta violación del derecho al trabajo, puesto que la presente acción de tutela no tiene por objeto debatir la juridicidad de las razones que pudo haber tenido el Fiscal General de la Nación para desvincular al actor del cargo que ejercía, sino la omisión en que incurrió esta autoridad al no motivar el acto administrativo en que resolvió declarar insubsistente su nombramiento; y de otro lado, que la Sala no encuentra vulnerado el derecho a la igualdad del accionante, en la medida en que no se acreditó la existencia de un trato discriminatorio al no haberse puesto de presente la situación de otra persona en iguales circunstancias, que permitiera una comparación y así determinar la afectación del derecho consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera 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 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 30 de junio de 2004, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Pablo Andrés Segura Quiñónez contra el Fiscal General de la Nación.

SEGUNDO: CONCEDER la tutela del derecho al debido proceso del señor Pablo Andrés Segura Quiñónez. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 896 del 9 de marzo de

2004 mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de Pablo Andrés Segura Quiñónez en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga y, en su lugar, ORDENAR al Fiscal General de la Nación que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta sentencia, expida una nueva resolución motivada.

TERCERO: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Expediente 4475-02.

2 Con salvamento de voto de los Magistrados Herman Galán Castellanos y Yesid Ramírez Bastidas.

3 Sentencia C-793 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Aclaración de voto de Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería.

4 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Jurisprudencia reiterada en la sentencia T-884 de 2002.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-1011 de 2003.

7 El Decreto Ley 2400 de 1968 establece expresamente una excepción al deber de motivar los actos administrativos cuando éstos se refieren a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción. El artículo 26 de dicho decreto prescribe: 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. (Negrillas fuera del texto)