

Sentencia T-1310/05

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Motivación del acto administrativo de desvinculación

RETEN SOCIAL-Extensión a padres cabeza de familia/PADRE CABEZA DE FAMILIA-Desarrollo del concepto/PADRE CABEZA DE FAMILIA-Requisitos que debe demostrar

DEBIDO PROCESO-Vulneración por declaración de insubsistencia de cargo de carrera en provisionalidad en la Fiscalía sin motivación del acto administrativo

Lo que sí se encuentra probado en el proceso es la falta de motivación del acto administrativo que declaró insubsistente al actor del cargo de carrera administrativa que desempeñaba en provisionalidad y por ello se estima que efectivamente se vulneraron los derechos al debido proceso y defensa del demandante. Tal decisión contradice abiertamente la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual, los funcionarios que han ocupando en provisionalidad o interinidad un cargo de carrera, sólo pueden ser desvinculados del mismo, mediante un acto motivado, con el fin de garantizar con ello, el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Referencia: expediente T-1182921

Acción de tutela instaurada por Mario Fernando Escobar Pérez contra la Fiscalía General de la Nación

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., trece (13) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior de Pasto -Sala de Decisión Penal-, dentro de la acción de tutela instaurada por Mario Fernando Escobar Pérez contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

El señor Mario Fernando Escobar Pérez a través de apoderado judicial, presenta acción de tutela como mecanismo transitorio, contra la Fiscalía General de la Nación con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y mínimo vital, al igual que los derechos a la educación y salud de sus hijos, los cuales estima han sido vulnerados con la decisión de la entidad demandada de declararlo insubsistente del cargo que desempeñaba en provisionalidad como Investigador Judicial II en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Pasto.

1. Hechos

1. Mediante Resolución No. CTPJ-057 del 17 de enero de 1990, el actor fue nombrado en propiedad en el cargo de Agente Especial Grado 11 del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, después de haber aprobado un curso de formación y adiestramiento, organizado por la misma entidad. Ese cargo lo ocupó entre el 17 de enero de 1990 y el 30 de junio de 1992.

2. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y el inicio de funciones de la Fiscalía General de la Nación, el cargo que ocupaba el Señor Escobar fue incorporado al Cuerpo Técnico de Investigación de dicha entidad, y a partir del 1º de julio de 1992, pasó a ocupar el cargo de Investigador Judicial 1, permaneciendo de manera ininterrumpida en este cargo hasta el 31 de agosto de 2003.

3. Señala que durante el transcurso de esa vinculación, tuvo varios reconocimientos a la labor desarrollada por parte de sus superiores jerárquicos, los cuales se expresaron tanto en forma verbal como escrita, prueba de ello son los oficios No. 1397 del 9 de octubre de 1995 y No. 0244 del 15 de abril de 2002, firmados por los respectivos Directores Seccionales del C.T.I. y el oficio No. 079 del 1º de julio de 2003, donde se le informa que ha sido seleccionado

como el “servidor del mes”. Igualmente y por las mismas razones, mediante Resolución No. 079 del 1º de julio de 2003, expedida por la Directora Seccional del C.T.I. del momento, se le asignaron funciones de Coordinador del Grupo Administración Pública.

4. Afirma que tratando de mejorar sus condiciones laborales y económicas, participó en un concurso abierto por la Procuraduría General de la Nación siendo seleccionado y nombrado como Investigador Grado 15 en la Procuraduría General de la Nación -Regional Santander-, cargo que ocupó entre el 2 de septiembre de 2003 y el 31 de julio de 2004, cuando renunció a dicho empleo, para posesionarse en otro cargo en la Fiscalía General de la Nación, en la ciudad de Pasto.

5. Asevera que el motivo de su renuncia al cargo en la Procuraduría General de la Nación, fue el hecho de que mediante Resolución No. 0-3325 del 16 de julio de 2004, el Señor Fiscal General de la Nación lo nombró provisionalmente, como Investigador Judicial II en el Cuerpo Técnico de Investigación de Pasto, tomando posesión del mismo el 3 de agosto de 2004.

6. Señala que posteriormente y para sorpresa suya se expide la Resolución No 0-5520 del 16 de noviembre de 2004, donde sin ningún tipo de motivación y desconociendo su trayectoria, experiencia y reconocimientos laborales que había tenido en la misma entidad, el Fiscal General de la Nación, lo declaró insubsistente del cargo que es de carrera administrativa.

7. Precisa que ante lo sucedido y previendo las dificultades que se le vendrían, el 22 de noviembre de 2004, remitió un oficio al Fiscal General de la Nación, con el propósito de que reconsiderara su decisión y lo reintegrara a su cargo, exponiéndole los méritos obtenidos y su experiencia e igualmente pidiéndole que al menos le explicaran las razones por las cuales se tomó esa decisión.

8. En respuesta a lo solicitud recibe sendos escritos,¹ firmados por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación donde lo único que señalan, aparte de negarle la petición de reintegro, es que su condición de provisionalidad, en el que fue nombrado, no le da ningún derecho a la estabilidad laboral y que el Fiscal lo que hizo fue ejercer su discrecionalidad y su poder de remoción, pues ese tipo de nombramientos (los provisionales), se equiparaban a los cargos de libre nombramiento y remoción y que, como tal, la escisión respectiva no tenía que motivarse.

Así las cosas precisa que a la fecha, no sabe por qué su nombramiento provisional en un cargo de carrera administrativa, fue declarado insubsistente, pues nunca le explicaron los motivos que tuvieron para tomar esa decisión.

9. Como prueba de la violación al debido proceso indica, que el Director Seccional del C.T.I., mediante oficio No. DSCTI 034 del 21 de enero de 2005, al darle respuesta a una petición formulada por él, en el sentido de que se le expidiera una certificación laboral, le informa que es imposible hacerlo, por cuanto no conoce de su trabajo, pues aparte de que entre ellos dos hubo “poca o escasa comunicación”, el sólo está ejerciendo el cargo directivo desde el 14 de octubre de 2004.

El actor llama la atención sobre este punto, pues aduce que si se tiene en cuenta que al parecer, tanto el nombramiento como la remoción del personal de la Seccional, se hacen previa postulación del respectivo Director no entiende por qué no se le expide la certificación solicitada.

10. Advierte que ahora cuando enfrenta la dura realidad de no tener el empleo en mención, es cuando las violaciones a sus derechos fundamentales se agravan más y comienza a afrontar todo tipo de problemas con la decisión adoptada por el Fiscal General, en la que no se tuvo en cuenta que después de trabajar en forma ininterrumpida durante casi quince (15) años, de los cuales más de catorce (14) años fueron al servicio de la misma Fiscalía, se quede sin trabajo, sin seguridad social y sin sustento económico él y su familia.

En tal sentido informa, que de la vinculación laboral que él tenía, se beneficiaban quienes hacen parte de su círculo familiar, a saber, su ex- compañera permanente Angélica Janeth Tapia Hunt, quien también se encuentra sin trabajo, el hijo de ella, Iván Alberto Arturo de 18 años de edad y estudiante de la Escuela Militar de Cadetes José María Córdoba en Bogotá (que él considera y trata como propio) y su hijo Erick Daniel Escobar Tapia de 12 años de edad, estudiante de 7° grado en el Colegio San Felipe Neri de Pasto.

De igual manera sostiene, que no tiene cómo asumir las obligaciones adquiridas por unos créditos que se le otorgaron y en tal sentido precisa, que tiene un crédito hipotecario para adquirir vivienda, asumido con el Fondo de Vivienda de la misma Fiscalía, el cual venía siendo cancelado normalmente hace aproximadamente siete (7) años y que en la actualidad ya registra dos (2) meses de mora; Otro con el Lloyds City Bank por \$ 6.000.000,00, que

ante la mora en los pagos ya está en cobro jurídico; y otro crédito, que al igual que el anterior sirvió para financiar el ingreso de quien él considera como su hijo mayor, a la Escuela Militar, con Juriscoop Ltda., por valor de \$ 7.000.000,00, que también, ante la mora de algunas cuotas, ya está en cobro prejurídico.

11. De otra parte asevera que a través de la Seguridad Social en Salud que le proporcionaba su vinculación laboral, él y su familia recibían atención a través de la E.P.S. Saludcoop y fue así como se descubrió que su hijo, Erick Daniel de 12 años de edad, tenía problemas de crecimiento y estaba siendo sometido a un tratamiento de estimulación hormonal, mediante el suministro de un medicamento llamado Somatropina, cuyo precio comercial es de aproximadamente \$ 500.000 y del cual debe tomar 6 frascos mensuales, durante cerca de dos (2) años continuos. Este medicamento, gracias a una tutela presentada en el año 2004, se le venía suministrando por la E.P.S. a la que se encontraban afiliados, pero ante la inexistencia de vínculo laboral y falta de pago de las correspondientes cotizaciones, ese tratamiento, en este momento se encuentra suspendido.

En conclusión señala, que se le han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y el derecho al mínimo vital, de igual manera precisa que se ha afectado el derecho a la salud de su hijo menor de edad, Erick Daniel, y se ha puesto en peligro el derecho a la educación de éste y de su otro hijo, Iván Alberto con la decisión de declararlo insubsistente.

En ese orden de ideas solicita que se le conceda la tutela, como mecanismo transitorio y se amparen los derechos invocados en la demanda y en tal medida se ordene al Señor Fiscal General de la Nación, reintegrarlo al cargo que ocupaba en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación en la ciudad de Pasto y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la insubsistencia de su nombramiento.

2. Pruebas

1. Copia de la Resolución No. CTPJ-0057 del 17 de enero de 1990, expedida por el Director Nacional de Instrucción Criminal, en la que aparece el nombramiento del Señor Escobar Pérez, en el cargo de Agente Especial Grado 11.

2. Copia de la Resolución No. 2-2308, del 14 de agosto de 2003, expedida por la Secretaría

General de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se acepta la renuncia presentada al cargo de Investigador Judicial 1.

3. Copia de la certificación laboral expedida por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, donde consta que laboró en esa entidad en el cargo de Técnico Investigador Grado 15, entre el 2 de septiembre de 2003 y el 31 de julio de 2004.

4. Copia de la Resolución No. 0-3325 de 16 de julio de 2004, expedida por el Señor Fiscal General de la Nación, y por la cual se efectúa el nombramiento provisional en el cargo de Investigador Judicial II, de la Dirección del Cuerpo Técnico de Investigación de Pasto.

5. Copia de la Resolución No. 077 del 28 de julio de 2004, expedida por la Directora Seccional del C.T.I. y por la cual es ubicado en la Unidad Local de Mocoa (P).

6. Copia de la Resolución No. 0-5520 del 16 de noviembre de 2004, expedida por el Señor Fiscal General de la Nación, a través de la cual se declara insubsiste el nombramiento en el cargo de Investigador Judicial II.

7. Copia de los oficios No. STGR-12641 de fecha 6 de diciembre de 2004 (sic) y No. STGR-12694 y del 9 de diciembre del mismo año, firmados por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, donde se da respuesta a unas peticiones.

8. Copia de los diplomas o certificados donde constan algunas de las capacitaciones que recibió en el transcurso de su vinculación laboral a la Fiscalía. Incluyendo los diplomas donde certifican su título de Contador Público y un Diplomado en Contabilidad Pública.

9. Copia de tres (3) oficios donde se destaca la labor que cumplió en la Fiscalía General de la Nación C.T.I. y de una (1) certificación sobre sus calidades humanas y laborales, todos firmados por funcionarios de la misma Fiscalía y superiores jerárquicos del Señor Escobar Pérez.

10. Copia de la Resolución No. 079 del 1º de julio de 2003, expedida por la Directora Seccional del C.T.I. del momento, donde al Señor Escobar Pérez, se le asignaron funciones de Coordinador del Grupo Administración Pública.

11. Copia del oficio No. DSCTI-034 del 21 de enero de 2005, firmado por el Dr. Ciro T. Duarte

Pacheco, Director Seccional C.T.I., donde al responderle un derecho de petición al actor, le expresa que le es imposible expedirle una certificación laboral por cuanto desconoce su trabajo ya que él lleva poco tiempo al frente de dicha dependencia.

12. Copia del registro civil de nacimiento de su hijo Erick Daniel Escobar Tapia.

13. Dos declaraciones extra-proceso donde se da fe de la estrecha relación de tipo afectiva y económica, que existe entre el actor e Iván Alberto Arturo, hijo de su ex-compañera permanente, a quien él considera y trata como su propio hijo.

3. Intervención de la entidad accionada.

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

Asevera, que si bien dicho cargo es de carrera administrativa, el acceso a éste por parte del actor, no se efectuó como resultado de un concurso, pues su vinculación fue en provisionalidad y por tanto, no estaba inscrito en el Registro Nacional de Escalafón y su situación se asemejaba entonces a los de libre nombramiento y remoción, tal y como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.²

De igual manera señala que la resolución a través de la cual se declaró insubsistente al señor Escobar Pérez, fue expedida de manera directa por el Fiscal General de la Nación, en uso de la facultad discrecional que le asiste dada por la Constitución y la ley, y como acto administrativo que es, goza de la presunción de legalidad que supone su expedición basada en razones inspiradas en el buen servicio, por lo tanto no requiere de motivación. Afirmar lo contrario constituiría un desconocimiento de la ley y de la jurisprudencia vigente sobre la materia.

En ese orden de ideas concluye que al no estar inscrito en carrera, tener nombramiento provisional, y no haber participado en un concurso, su condición se asimila a un funcionario de libre nombramiento y remoción, y bajo el criterio de mejora del servicio podía ser declarado insubsistente en ejercicio de la acción propia de discrecionalidad que tiene el Fiscal General de la Nación y con la expedición del acto acusado simplemente hizo uso de su facultad discrecional para remover a sus funcionarios de los cargos de libre nombramiento y

remoción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 numeral 4, del Decreto 2699 de 1991.

Respecto a las afirmaciones que hace el accionante en cuanto a su conducta laboral, precisa que dicha conducta no interfiere para nada con la facultad discrecional del nominador para declarar a insubsistencia de un servidor en provisionalidad.

En efecto al estar vinculado el actor en provisionalidad, el Fiscal General de la Nación, simplemente por motivos del servicio o de reorganización de la entidad estaba facultado para dictar la resolución de insubsistencia, sin necesidad de entrar a motivar por qué se tomaba esa determinación, por lo cual no es dable afirmar que la entidad le vulneró al demandante el derecho al debido proceso.

Además indica que el actor tiene a su disposición las acciones pertinentes, para lograr ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que se deje sin valor el acto administrativo de insubsistencia, por lo que resulta improcedente la acción de tutela para pretender dejar sin efecto la Resolución No. 0-5520 del 16 de noviembre de 2005, y buscar un reintegro al empleo. Inclusive agrega que puede solicitar la suspensión provisional del acto, mecanismo idóneo que desplaza la acción de tutela.

De igual manera resalta que en este caso el actor, por su propia incuria dejó fenecer los términos establecidos para incoar la acción legal pertinente a la que se ha hecho referencia, al haber transcurrido más cuatro (4) meses para cuestionar la legalidad de la actuación por parte de la administración y que no se presenta el perjuicio irremediable, pues éste goza de toda la capacidad física, productiva, acudiendo a otras actividades independientes o subordinadas, como sería el ejercicio de su profesión de contador, para satisfacer sus necesidades básicas a fin de garantizar el mínimo vital indispensable para su subsistencia, el cual es definido como aquella suma estrictamente necesaria para cubrir las necesidades básicas.

4. Decisiones judiciales que se revisan.

4.1 Fallo adoptado por el Tribunal Superior de Pasto

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto en providencia del 14 de abril de

2005, negó el amparo impetrado al considerar que la autoridad demandada no lesionó los derechos del actor, pues la vinculación laboral que los unía era bastante “precaria” como para que de ella, el trabajador pudiera derivar los beneficios de quien accede al cargo luego de superar un concurso de méritos.

Sostiene además que el peticionario, quien es profesional en el área de la contabilidad, no acreditó el perjuicio irremediable que señala en la demanda y al parecer, ni siquiera acudió oportunamente a solicitar la protección de sus derechos por la vía adecuada como es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde se puede discutir la legalidad de la resolución que lo declaró insubsistente e incluso, solicitar la suspensión provisional de aquella decisión, adversa a sus intereses.

4.2 Impugnación

Mediante escrito presentado el 26 de abril de 2005 el apoderado del accionante, impugna la decisión adoptada, con fundamento en lo siguiente:

Sostiene que la acción de tutela es procedente en casos como éste, en la medida que los afectados quedan en difíciles condiciones económicas y sociales, por lo que procede amparar sus derechos bien se trate de “madres cabeza de familia, madres solteras u hombres” que se hallen en iguales circunstancias.

Señala que su situación es grave y desesperada, pues no por el hecho de ser profesional tiene acceso al trabajo, las prestaciones sociales que recibió fueron exiguas y la imposibilidad de alcanzar el mínimo vital le impide cumplir los compromisos crediticios, de manera que, además, está en riesgo de perder su vivienda.

Por último señala, que la acción constitucional no se presenta en reemplazo de una acción ordinaria “caducada” como se afirma en la providencia impugnada, sino como mecanismo transitorio para evitar que la decisión de declararlo insubsistente produzca un perjuicio irremediable o para que los graves perjuicios que ya se están produciendo generen peores efectos y en tal sentido informa, que dentro del término legal promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosos administrativa, a lo cual procedió el mismo día que presentó la demanda de tutela.

4.3 Nulidad decretada por la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia

En decisión adoptada el 8 de junio de 2005, la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia a quien correspondió conocer de la impugnación presentada, resolvió decretar la nulidad de todo lo actuado, inclusive a partir del auto mediante el cual el a-quo, asumió el conocimiento de la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

Aduce que son dos (2) los motivos que expone el actor en su escrito de demanda a saber:

-De una parte plantea, que con la decisión del Fiscal General de la Nación de declararlo insubsistente del cargo de Investigador Judicial II, se desconocen los derechos al debido proceso, trabajo y mínimo vital.

-Por otra parte, sostiene que se le violó el derecho de petición cuando el Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación, se negó a expedir la “certificación laboral” que le solicitó con posterioridad al retiro de la institución.

Así las cosas concluye, que en relación con el primer aspecto, el Tribunal de instancia se pronunció de fondo negando el amparo impetrado, pero, frente a lo segundo, resulta evidente que ninguna decisión se adoptó, pues además de todo, se omitió vincular al referido Director Seccional del CTI, quien cuenta con el derecho de concurrir al proceso para defenderse del señalamiento que en su contra se hace en relación con el derecho de petición que le formuló el demandante el 13 de enero de 2005.

En ese orden de ideas y al estimar que tal hecho pudo afectar la garantía fundamental de petición, considera que el Tribunal Superior ha debido al momento de admitir la demanda integrar en debida forma el contradictorio para pronunciarse de fondo respecto del hecho denunciado.

Por tal razón, la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia decidió decretar la nulidad de lo actuado, inclusive a partir del auto con el cual el a-quo asumió el conocimiento de la acción, sin afectar las pruebas que se allegaron, con el fin de que integre en debida forma el contradictorio y se pronuncie en el núcleo de todos los hechos que denuncia el peticionario, según queda indicado en esta decisión.

4.4 Fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal, posterior

a la declaración de nulidad.

Una vez subsanadas las irregularidades anotadas por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante decisión adoptada el 22 de julio del 2005, niega el amparo solicitado con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sostiene que la acción de tutela impetrada por el actor con el objeto de lograr el reintegro al cargo que venía desempeñado, así como el pago de salarios dejados de percibir resulta improcedente, por cuanto el presunto afectado tiene a su disposición el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que actualmente tramita ante la jurisdicción competente y es allí donde se establecerá la legalidad del acto administrativo que puso fin al vínculo laboral que tenía con la entidad accionada.

De igual manera precisa, que el actor tiene incluso a su alcance la posibilidad de solicitar en el respectivo trámite, la suspensión temporal de la resolución objeto de cuestionamiento.

Ahora bien, en relación con el perjuicio irremediable que alega el actor como consecuencia de su desvinculación del cargo que desempeñaba en el CTI, indica que debe tenerse presente que tal hecho se produjo el 16 de noviembre de 2004, por lo que no se puede considerar que se esté en presencia de una situación urgente e impostergable que haga procedente el amparo.

En lo que atañe al derecho de petición, sostiene que mediante escrito del 13 de enero de 2005, dirigido al doctor Ciro Trinidad Duarte Pacheco, Director Seccional del CTI de Nariño y Putumayo, el actor le solicitó expedir una "referencia laboral escrita", correspondiente al cargo de Investigador Judicial II con funciones de Jefe de la Unidad Local del CTI en la Ciudad de Mocoa (P), desempeñado durante el período comprendido entre el 8 de agosto al 16 de noviembre de 2004 y que a su vez, el mencionado funcionario dio contestación a la petición anterior, el 21 de ese mismo mes y año, en donde le aclaró que como solo laboraba desde el 14 de octubre del año 2004 y además conocía muy poco al solicitante, le era imposible expedir la certificación laboral.

De la anterior respuesta, deduce que no surge en realidad el quebrantamiento al derecho de petición, pues a través de la misma se resuelve de fondo y de manera oportuna lo pedido, sin

que sea necesario tener en cuenta, si esa respuesta es afirmativa o negativa a los intereses del peticionario.

En tal sentido anota igualmente, que si el funcionario está al frente del cargo desde el 14 de octubre de 2004 y la constancia solicitada comprendía el período comprendido entre el 8 de agosto y el 16 de noviembre de ese año, las “explicaciones suministradas en la respuesta tienen sustento en la realidad, sin que se pueda catalogar tales argumentos como lesivos al derecho de petición del accionante.”

Para finalizar sostiene, que no existe demostración alguna respecto a que “tanto el nombramiento como la remoción de personal de la Seccional (del CTI)”, se adelanten previa postulación del respectivo Director.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la anterior providencia proferida dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1.991.

2. Materia sujeta a examen.

En el presente caso el actor a través de apoderado judicial, instaura acción de tutela como mecanismo transitorio para que se le amparen sus derechos al debido proceso, a la defensa, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la vivienda, al igual que de los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vivienda de sus hijos (especialmente de su hijo menor de edad), los cuales encuentra vulnerados con la decisión de declararlo insubsistente y en tal medida solicita se ordene al Señor Fiscal General de la Nación, reintegrarlo al cargo que ocupaba en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación en la ciudad de Pasto y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la insubsistencia de su nombramiento.

En ese orden de ideas, la Sala deberá determinar si la declaratoria de insubsistencia de un funcionario que desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, estaría vulnerando los

derechos que se invocan en la demanda, por haberse proferido tal acto sin motivación alguna.

Previamente a resolver el problema jurídico que se plantea en la acción de tutela de la referencia, se considera oportuno referirse a la doctrina constitucional sentada por la Corte en asuntos que guardan gran similitud con el caso que ahora se examina.

3. El derecho a la estabilidad laboral no se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad cuando no se ha hecho concurso.

Esta Corporación en reiteradas ocasiones ha considerado 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.³

En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.⁴

4. El necesario carácter motivado del acto administrativo que declara la insubsistencia de un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación a través de su amplia y reiterada jurisprudencia,⁵ ha establecido igualmente que el acto administrativo que desvincula a aquellos funcionarios que ocupan en interinidad o en provisionalidad cargos de carrera administrativa o aquellos a los que sólo se puede acceder previo un concurso “debe ser motivado”, pues tal desvinculación sólo se puede producir por razones de interés general, como principio fundante y como elemento sustancial en la motivación de ese acto administrativo que desvincula al funcionario.⁶

En tal sentido, la Corte ha resaltado la clara diferencia que existe entre los actos administrativos de desvinculación que se dan respecto de cargos de libre nombramiento y remoción y los de carrera, para concluir que en tanto los primeros no requieren de motivación, los que declaran la insubsistencia de un nombramiento de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera sí debe serlo.⁷

De igual manera, la Corte ha precisado, que la tesis anteriormente expuesta -relativa a la

exigencia de motivación de los actos administrativos de desvinculación de personal de carrera administrativa o de personal en provisionalidad-, en manera alguna resulta incompatible con la expresada por el Consejo de Estado en el sentido de que no se requiere tal motivación, pues debe aclararse que mientras la Corte Constitucional 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.⁸

En ese sentido en la Sentencia T-884 de 20029, la Corte dijo lo siguiente:

“El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha dicho que la insubsistencia, aunque no constituye sanción alguna, es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio por cualquier causa, y que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, que puede ser naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario. Así mismo, esa Corporación, como lo destaca la Jefe de la Oficina de la institución accionada, ha afirmado en sus providencias que cuando el empleado ocupa el cargo en provisionalidad, no ostenta fuero de estabilidad alguno y por tal razón, puede ser removido del cargo sin motivación alguna¹⁰.

“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 (...).”.

De acuerdo con lo señalado, resulta claro entonces, que la estabilidad laboral del trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, no se puede ver afectada o disminuida “porque la Administración considere que no se requiere motivar el acto que ordena su desvinculación”, pues es en virtud de la calidad y las características del cargo se debe motivar la desvinculación de quien los ocupe.

Ello con el fin de garantizar la protección y respeto de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, pues en la motivación se podrá entonces encontrar los argumentos que justificaron su separación del cargo.

A ese respecto, cabe señalar que en la Sentencia T-752 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, al resolver un caso en el que se separaba del cargo a una funcionaria en provisionalidad la Corte recordó, que la Administración sólo podría desvincularla por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio.¹¹

De lo afirmado se puede concluir, que la motivación de los actos por los que se separa a un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, además de garantizar el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, así como de hacer respetar la estabilidad laboral a que tiene derecho, también elimina cualquier duda que permita considerar que la administración produjo un acto injusto y arbitrario en detrimento de tales derechos fundamentales.¹²

La posición asumida por la Corte en su jurisprudencia, en el sentido de que los funcionarios que han ocupado en provisionalidad o interinidad un cargo de carrera, podrán ser

desvinculados del mismo, mediante un acto motivado, con el fin de garantizar con ello el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, ha sido reiterada recientemente en sentencias tales como la T-123, T-374 y T-1117 de 2005,¹³ T-161 de 2005,¹⁴ T-222 de 2005,¹⁵ T-267 de 2005¹⁶, T-392 y T-804 de 2005,¹⁷ T-031 de 2005.¹⁸

5. Extensión del retén social a los padres cabeza de familia.

Teniendo en cuenta la discriminación y desigualdad de la que ha sido objeto la mujer a través del tiempo y por diferentes razones el constituyente de 1991, quiso no sólo abolir sino remediar tal situación con la adopción de medidas específicas en favor de éstas y entre esas medidas de protección estableció la protección especial en defensa de las “madres cabeza de familia,” la cual ha sido desarrollada posteriormente a través de diferentes leyes.

Ahora bien, tomando en cuenta que una de las justificaciones que se tuvo para expedir las medidas de apoyo a las “mujeres cabeza de familia” es su proyección al grupo familiar más próximo, la Corte encontró que no existía una razón objetiva que justificara no contemplar una medida de protección similar, para los niños de los padres cabeza de familia.

En efecto, no resulta razonable que las garantías superiores que protegen el derecho de todos los menores a recibir amor y cuidado, e incluso la igualdad de trato entre ellos y el derecho a tener una familia, no puedan predicarse sino en favor de los menores que dependieran de una mujer cabeza de familia, pues con ello se dejaba desprotegidos a los menores que dependían de su padre, cuando éste fuere cabeza de familia.

Por tal razón, se llegó a la conclusión de que las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, con el fin de garantizar el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados.

El fundamento de esta protección nace de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, o sea del interés superior del niño y en esa medida no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia, sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en la misma situación.

Ahora bien, no todo padre de familia puede reputarse como “padre cabeza de familia” es necesario para ello, que se cumpla con los requisitos exigidos para ser “madre cabeza de familia”, es decir que tenga hijos menores o discapacitados a su cargo y vele por ellos.

En tal sentido es oportuno traer a colación lo dicho por la Corte en la Sentencia SU-389 de 2005,¹⁹ donde se analizó el concepto de lo que debe entenderse por “padre cabeza de familia”, así:

“Si extrapolamos tales definiciones al padre cabeza de familia, tendríamos de entrada que sostener que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia)

y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.”²⁰

En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad²¹ el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas.”

De lo afirmado se desprende entonces, que no basta con que el hombre se encargue de suministrar el dinero necesario para la manutención de su núcleo familiar que es el rol que ordinariamente cumplen los hombres para asegurar las condiciones mínimas de subsistencia a su familia. En efecto, para que el hombre pueda reclamar la condición de “padre cabeza de familia”, debe demostrar que sus hijos, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, vivan con él, dependan económicamente de él y que es una persona que les brinda cuidado y amor y que además no tenga alternativa económica, circunstancia ésta que debe acreditar ante las autoridades respectivas.

6. Análisis del caso concreto.

Manifiesta el actor que el 17 de enero de 1990, fue designado como Agente Especial Grado 11 del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y que luego, en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, dicho cargo fue incorporado al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, como Investigador Judicial 1º donde laboró de manera ininterrumpida, desde el 1º de Julio de 1992 hasta el 31 de agosto de 2003.

Posteriormente se vinculó a la Procuraduría General de la Nación, como Investigador Grado 15 de la Dirección Nacional de Investigaciones Fiscales – Regional Santander-, hasta cuando renunció para tomar posesión el día 3 de agosto de 2004 del cargo de Investigador Judicial II “cargo de carrera administrativa”, para el cual fue elegido provisionalmente por el Fiscal General de la Nación mediante la Resolución No. 03325 de 16 de julio de 2004.

Señala que en forma sorpresiva, el 16 de noviembre del 2004, mediante la Resolución No. 0-5520, fue declarado insubsistente, sin expresar ningún tipo de motivación y sin tener en

cuenta su trayectoria, experiencia y reconocimiento laborales lo que le ha causado un perjuicio irremediable no solo a él sino también a su familia .

En ese orden de ideas, solicita conceder la tutela, como mecanismo transitorio de defensa de los derechos al debido proceso, a la defensa, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la vivienda del actor, al igual que de los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vivienda de sus hijos (especialmente de su hijo menor de edad), los cuales le fueron violados por la Fiscalía General de la Nación al dictar el acto administrativo de desvinculación al que se hizo referencia y en tal medida se ordene su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de insubsistencia.

-El Tribunal de instancia negó el amparo impetrado al estimar que la autoridad demandada no lesionó los derechos del actor, pues la vinculación laboral que los unía era bastante "precaria" como para que de ella el trabajador pudiera derivar los beneficios de quien accede al cargo luego de superar un concurso de méritos.

Además resaltó, que el peticionario es profesional en el área de la contabilidad y no acreditó el perjuicio irremediable que argumenta en la demanda y que cuenta con otra vía para solicitar la protección de sus derechos como es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, en donde, de manera amplia se puede discutir la legalidad de la resolución que lo declaró insubsistente e incluso, solicitar la suspensión provisional de aquella decisión que considera adversa a sus intereses.

- Por su parte, la Fiscalía General de la Nación se opone a las pretensiones del demandante, aduciendo la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual el actor incluso cuenta con la posibilidad que le brinda el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para solicitar la suspensión del acto administrativo que considera lesivo de sus derechos.

De igual manera indica que si bien el actor se desempeñaba en un cargo de carrera, no ingresó a él por el sistema de concurso de méritos, sino que su vinculación fue en provisionalidad y, en consecuencia no se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Escalafón.

Así las cosas, dado el carácter de nombramiento en provisionalidad que ostentaba el demandante, su situación era de libre nombramiento y remoción y, en tal virtud, el Fiscal General de la Nación en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales podía proferir la resolución de insubsistencia que se controvierte, sin motivación alguna.

7. Solución

La jurisprudencia constitucional, ha establecido en diversas oportunidades que la acción de tutela, no es un mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad de un acto administrativo, así como tampoco lo es para obtener el reintegro a un cargo del cual el solicitante ha sido desvinculado.

En ese orden de ideas y de acuerdo con la normatividad vigente²² en el presente caso el actor en principio tendría la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para controvertir el acto administrativo cuestionado.

De igual manera debe tenerse presente, que la Corte Constitucional ha establecido que la pérdida de la vinculación laboral no constituye por si misma un perjuicio irremediable, pues de ser así, ello terminaría por suplantar la jurisdicción laboral al permitir que todo aquel que se considerara injustamente desvinculado recurriera a la acción de tutela para impugnar el retiro.²³

En efecto, si bien la pérdida del empleo puede generar consecuencias negativas de tipo económico que no se pueden desconocer, para que tal decisión afecte los derechos fundamentales se requiere de pruebas contundentes que demuestren que la agresión de un derecho fundamental está inescindiblemente ligada a la pérdida del empleo.

En ese orden de ideas, la Sala estima que para el caso particular, el demandante no logró demostrar que la declaración de insubsistencia del nombramiento produjera un efecto nocivo directo, grave e irremediable en sus derechos fundamentales, sobre todo si se tiene en cuenta que el actor es un profesional y puede ejercer como Contador Público que es y proveerse así, el sustento económico requerido.

En el presente se observa, que si bien el actor aportó un extenso material probatorio en lo relativo a los actos administrativos de vinculación y desvinculación de las entidades donde

ha laborado y a los diplomas y certificaciones relacionadas con su preparación académica y desempeño laboral en el expediente, no obra, aparte de dos (2) declaraciones extrajuicio que se anexan, prueba alguna que respalde las afirmaciones planteadas por el actor en la demanda que acrediten la dependencia económica de las personas que él menciona como pertenecientes a su núcleo familiar, tampoco aporta pruebas que demuestre la crisis financiera que dice padecer (extractos bancarios, cobros jurídicos, moras en los pagos) , así como tampoco acredita prueba alguna encaminada a demostrar que su menor hijo está enfermo (certificados médicos, exámenes de laboratorio, fórmulas de medicamentos etc.).

Aparte de lo anterior, tampoco demostró su condición de padre cabeza de familia, la cual como se vio antes, no se configura con el solo aporte económico que pueda suministrar.

La sola circunstancia, no probada, de que provea recursos económicos a su ex compañera permanente, al hijo mayor de ella y a su menor hijo, no lo convierte per se en padre cabeza de familia.

No obstante lo afirmado, la Sala por el contrario advierte, que lo que sí se encuentra probado en el proceso es la falta de motivación del acto administrativo que declaró insubsistente al actor del cargo de carrera administrativa que desempeñaba en provisionalidad y por ello se estima que efectivamente se vulneraron los derechos al debido proceso y defensa del demandante como se demostrará a continuación:

En efecto del material probatorio que obra en el expediente no encuentra la Sala de Revisión, ningún elemento de juicio que permita deducir que la causa que motivó la desvinculación del accionante obedeciera a la convocatoria de un concurso de méritos, o a razones de índole disciplinario, o por motivos del buen servicio, que son los motivos que para su desvinculación pueden ser aducidos para el retiro del servicio de servidores públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, de acuerdo a lo establecido en jurisprudencia constitucional.

De igual manera si se analiza el contenido de la Resolución No. 0-5520 del 16 de noviembre de 2004, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Investigador Judicial II, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Pasto, se observa que es un acto administrativo que carece por completo de motivación, pues la resolución en cuestión se limita a expresar que el Fiscal General de la Nación, en

ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución, resuelve declarar insubsistente el nombramiento del demandante, y a indicar la fecha de su vigencia.

Tal decisión contradice abiertamente la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual, los funcionarios que han ocupando en provisionalidad o interinidad un cargo de carrera, sólo pueden ser desvinculados del mismo, mediante un acto motivado, con el fin de garantizar con ello, el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, así como lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” que establece que fuera del período individual que tiene el cargo de Fiscal General de la Nación son de libre nombramiento y remoción, los cargos de “Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Jefes de Oficina de la Fiscalía General, Directores Nacionales y Jefes de División de la Fiscalía General; Director de Escuela, Directores Regionales y Seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.”

Lo anterior esta en armonía con lo señalado en el artículo 106 en el Decreto 261 de 2000 “por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones” que establece que salvo algunos casos específicos,²⁴ los funcionarios de esa entidad son de carrera administrativa. ²⁵

En ese orden de ideas y en razón de las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala estima que para el caso la acción de tutela interpuesta resulta procedente, porque el acto administrativo que declaró insubsistente al actor no fue motivado, desconociendo de esa manera la reiterada jurisprudencia constitucional, según la cual la desvinculación de los servidores públicos vinculados al Estado en provisionalidad en cargos de carrera debe ser motivada, violando con ello los derechos fundamentales del actor al debido proceso y defensa al no permitírsele conocer las razones que tuvo la Administración para proferir dicho acto, y negar con ello de plano la posibilidad de controvertirlas. ²⁶

Por tanto, la Sala de Revisión concederá de manera transitoria el amparo constitucional a los derechos al debido proceso y defensa y, en consecuencia, ordenará a la Fiscalía General de la Nación que en el término de cuarenta y ocho horas (48) motive el acto administrativo de

desvinculación del actor exponiendo las razones que de conformidad con los criterios fijados al respecto por la jurisprudencia constitucional dieron lugar a ello si las hubiere.

En caso de no existir motivos suficientes y pertinentes con la normatividad aplicable, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar al señor Mario Fernando Escobar Pérez al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a otro equivalente en el evento que ese estuviere siendo ejercido por otra persona.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 22 de julio del 2005 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. En su lugar, CONCEDER, la tutela promovida por el señor Mario Fernando Escobar Pérez, por violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 0-5520 del 16 de noviembre de 2004, mediante la cual el Fiscal General de la Nación, declaró al accionante, INSUBSISTENTE del nombramiento del cargo de Investigador Judicial II, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Pasto.

Tercero. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a expedir el acto administrativo con la correspondiente motivación de la declaratoria de insubsistencia del señor Mario Fernando Escobar Pérez del cargo que venía desempeñando en dicha entidad.

Si no se cumpliera con la orden impartida en este numeral, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar el actor a su cargo -si este no se encontrare ya ocupado por otro trabajador a quien no se le puede afectar su estabilidad laboral-, o a uno equivalente al que venía ocupando.

Cuarto. ADVERTIR al accionante, que contra el acto que motive la declaratoria de su

desvinculación de la Fiscalía General de la Nación procederán las acciones contencioso administrativas correspondientes, dispuestas en el C.C.A. Obviamente, los términos para interponer dichas acciones se contarán a partir de la notificación del acto que se expida.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Oficio No. STGR-1 2641 del 6 de diciembre de 2004 (sic) y Oficio No. STGR-1 2694 del 9 de diciembre del mismo año. (la fecha correcta es 2005)

2 Sentencia de enero 25 de 2001, expediente 2447-99, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla.

3 En la Sentencia T-884 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández , la Corte precisó lo siguiente:

“(…) 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 de un 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 el juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que se 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...”.

4 Ver Sentencia T-392 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

5 Ver Sentencia T-951 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra donde se hizo una síntesis de esa jurisprudencia constitucional.

6 Ver entre otras la Sentencia T-1117 del 31 de octubre de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis

7 A ese respecto, cabe mencionar lo dicho recientemente en la sentencia T-161 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra cuando afirmó:

“Del análisis de la línea jurisprudencial precedente se evidencia que la posición de la Corte a este respecto es diáfana: el acto por el cual se declara la insubsistencia del nombramiento de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera debe motivarse. La razón está expresamente indicada en la primera de las sentencias que abordó el punto, la SU-250 de 1998, pues para la Corte, en dicha ocasión, la falta de motivación del acto administrativo es causal directa de violación del debido proceso.

De conformidad con esta providencia, la falta de motivación del acto es un atentado contra la publicidad del mismo, en tanto se le impide al perjudicado conocer las verdaderas razones de la desvinculación -las cuales no pueden provenir de la simple discrecionalidad del nominador, dada la situación particular de los funcionarios que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera- y, por consiguiente, dificultan el despliegue de una eficiente oposición jurídica en contra del acto administrativo, tanto en vía gubernativa como en sede jurisdiccional. Por ello la Corte dijo que la vulneración del debido procedimiento

administrativo que se verifica mediante la ausencia de la motivación del acto de desvinculación del servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad justifica la procedencia de la protección tutelar.”

8 Ver Sentencias T-031 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño ,T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

9 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 Ver, entre otras, las sentencias de 8 de junio y 13 de julio, ambas del año 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en las cuales actuó como ponente el Consejero Carlos Orjuela Góngora.

11 En la Sentencia T-752 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte dijo:

“En virtud de lo expuesto a lo largo de esta providencia, 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. De hecho, la Administración sólo podría desvincularla por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio.

“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.”

12 Ver sentencia T-1011 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

13 M.P. Alvaro Tafur Galvis

14 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 M.P. Clara Inés Vargas.

16 M.P. Jaime Araújo Rentería.

17 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

18 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

19 M.P. Jaime Araujo Rentería.

20 Sobre este particular, la Corte en la sentencia T-925 de 2004 sostuvo “aunque en el mismo artículo se incluye un párrafo en el que se indica que la mujer deberá declarar ante notario dicha situación, tanto cuando la adquiera como cuando la pierda, para efectos de prueba, no es una condición que dependa de una formalidad jurídica”

21 Para los efectos del presente proceso resulta relevante recordar que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años. Así lo explicó esta Corporación en la Sentencia C-092 de 2002, en la que examinó el alcance de las expresiones niño, adolescente y menor, a que alude la Constitución en diferentes artículos, así como a las referencias que a ellos se hacen en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional y concluyó que en Colombia, los adolescentes gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños y que en este sentido todo menor de 18 años tiene derecho a la protección superior establecida en la Carta. La Corte ha reiterado esta doctrina entre otras en las Sentencias C-247 de 2004, T-015 de 2004 y T-853 de 2004.

22 A las accionantes en principio les correspondería tramitar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con lo previsto en el artículo 136, numeral 2º del Código Contencioso Administrativo, para efectos de que en dicha instancia judicial se decida sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que declararon insubsistentes sus nombramientos, y para esos fines la norma otorga un término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto respectivo.

23 Ver sentencias T-222 de 2005 M.P. Clara Ines Vargas Hernández y T-392 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

24 Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales, Directores Seccionales, empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

25 En tal sentido cabe mencionar lo dicho por la Corte en la Sentencia T-222 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, cuando al analizar una acción de tutela presentada contra la Fiscalía General de la Nación por haber proferido una declaración de insubsistencia de una persona nombrada en provisionalidad sin haber motivado el mismo, sostuvo:

“De lo anterior se infiere que en el caso de la Fiscalía General de la Nación los cargos de libre nombramiento y remoción, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 125 Superior²⁵, son la excepción, pues, salvo el del Fiscal que es de período individual y los contemplados en el citado artículo, los demás cargos son de carrera, es decir están sujetos a los principios que rigen el concurso de méritos y la calificación de servicios. 25

(..)

De conformidad con el artículo 115 del Decreto 261 de 2000, la provisión de los cargos de carrera debe hacerse mediante el sistema de concurso de méritos. No obstante, el artículo 117 de la misma norma, prevé los nombramientos provisionales, “en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección”.²⁵

Cabe recordar que quien ocupa un cargo de carrera de manera provisional no goza de la misma estabilidad laboral de quien es nombrado en propiedad, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios. Sin embargo, no por ello puede decirse que quien es nombrado en provisionalidad se encuentra en la misma situación de aquél que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción.

La Corte, con fundamento en los lineamientos planteado en las consideraciones generales de

esta providencia, en casos como el presente, ha hecho extensiva la exigencia de motivar el acto que declara la insubsistencia de quien ocupa un cargo de carrera en provisionalidad para el caso de la Fiscalía General de la Nación, a fin de garantizarles el debido proceso.

Así pues, según lo analizado en las sentencias T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1206, M.P. Jaime Araújo Rentería, es claro que independientemente del régimen especial que tiene la Fiscalía General de la Nación, las personas que ocupen en esta entidad un cargo de carrera de manera provisional, gozan de cierta estabilidad laboral pues, como se indicó, 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. A fin de garantizarles el debido proceso, la decisión de desvincular un empleado o funcionario provisional debe ser adoptada mediante acto motivado.

26 Para el caso específico de tutelas instauradas contra la Fiscalía General de la Nación donde se ha debatido la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera, se pueden consultar además, las Sentencias T-804 y T-392 /05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-031/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-267/05 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1206/04 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-161/05 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-222/05 M.P. Clara Inés Vargas.