

## ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos de procedibilidad

Según la doctrina constitucional, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos de procedibilidad: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial.(4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del Juez al que esté adscrito el Fiscal. Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda.(8) No procede la acción de tutela contra sentencias de tutela. (9)La acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho. 10) Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un término razonable al de su ocurrencia.

## REGIMEN DE CARRERA EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACION-Nombramientos en propiedad y en provisionalidad

DEBIDO PROCESO EN CASO DE EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Necesidad de motivación del acto de desvinculación/EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Síntesis de jurisprudencia/ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO-Se deja sin efecto y se declara ejecutoriada y en firme la del Tribunal Administrativo

Referencia: expediente T-988892

Acción de tutela instaurada por Antonio Musiri Gutiérrez contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por las Secciones Segunda Subsección A y Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por Antonio Musiri Gutiérrez contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Los hechos y la demanda

El señor Antonio Musiri Gutiérrez considera violados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso en razón a los siguientes hechos:

a) Refiere que se vinculó a la Fiscalía General de la Nación el 9 de junio de 1994, luego de haber atendido la convocatoria pública formulada por la entidad y agotado el concurso de méritos a que se refería el llamado, previa inscripción de su hoja de vida, examen de conocimientos, entrevista y conformación de lista de elegibles, de conformidad con el instructivo contenido en el anuncio, el que también señaló los cargos por proveer.

Indica que terminado el proceso de selección fue vinculado en calidad de Fiscal Local Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de Montería, en provisionalidad y no en periodo de prueba como lo establecía el artículo 72 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, entonces Decreto 2699 de 1991, atendiendo a las instrucciones impartidas por el nominador.

b) Reseña que mediante Resolución No. 00459 de febrero 25 de 1997, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su designación como Fiscal Local 17 de la localidad de Sahagún, sin motivar la decisión.

c) Agrega que contra la Resolución a que se hace mención acudió en Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, aduciendo que el Fiscal General de la Nación desconoció su derecho a la estabilidad y expidió el acto con desviación de poder, dado que dispuso que él fuera reemplazado por quien no cumplía las condiciones para ejercer el cargo.

Derecho a la estabilidad que dice haber fundamentado en las condiciones en que se produjo su ingreso a la entidad y en su desempeño satisfactorio en un cargo de carrera, desde el 9 de junio de 1994 hasta el 26 de marzo de 1997.

Afirma que el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, mediante sentencia del 19 de noviembre de 1998, negó sus pretensiones al considerar que si bien el cargo de Fiscal Local no es de libre nombramiento y remoción, él no acreditó su inscripción en el escalafón de carrera y tampoco demostró haber superado el periodo de prueba y la calificación satisfactoria obtenida dentro del mismo, por lo que concluyó que su vinculación al servicio fue discrecional y podía ser removido de igual manera.

d) Sostiene que impugnó la decisión antedicha y la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia del 23 de septiembre de 1999, revocó el fallo de primera instancia para en su lugar acceder a la nulidad de la Resolución No. 00459 de 1997, ordenar su reintegro y el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir.

Relata que la citada Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado consideró i) que según lo dispone el artículo 125 de la Carta Política y lo desarrolla el Decreto 2699 de 1991, la Fiscalía General de la Nación debe agotar procesos de selección por méritos y calidades de los aspirantes para proveer sus cargos, excepto en los casos determinados en la Constitución y en la ley, y ii) que la manifestación de la entidad, tendiente a exonerarse de responsabilidad, mediante una nota que hizo figurar en la convocatoria, no tiene la virtud de modificar la realidad que indica que él ingresó al servicio por méritos en un cargo de carrera, como tampoco las disposiciones constitucionales y legales que imponen la permanencia en el cargo de quienes son designados atendiendo a las calidades y condiciones que requiere el servicio.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En consecuencia, reseña el actor, el fallador de segundo grado accedió a sus pretensiones y posteriormente, mediante providencia del 25 de febrero de 2000, aclaró la sentencia en el sentido de disponer que el reintegro ordenado debía hacerse en propiedad y le daría lugar a quedar ubicado en el escalafón de carrera que le correspondía.

e) Refiere que la Fiscalía General de la Nación, en uso del recurso extraordinario de súplica, formuló dos cargos en contra de la providencia de segunda instancia antes reseñada, relativos a que la decisión violaba de manera directa los artículos 13, 125, 249, 251 numeral 2° y 253 de la Constitución y aplicaba indebidamente los artículos 20, numerales 4, 67, 68, 69, 71, 72, 73 y 100 numeral 5° del Decreto 2699 de 1991.

f) Informa que mediante providencia del 2 de septiembre de 20031, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado infirmó la sentencia proferida por la Sección Segunda Subsección B ya referida y en su lugar confirmó la sentencia adoptada el 19 de noviembre de 1998, por el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba.

Añade que para el efecto la Sala Plena accionada sostuvo i) que la Fiscalía General de la Nación no desmejoró el servicio, ni desvió su potestad de nominador al relevar al accionante y designar en su lugar a una persona con calidades académicas distintas, ii) que el actor fue convocado a concurso para proveer un cargo de manera provisional, dado que entonces el sistema de carrera no había sido implementada “por falta de la necesaria reglamentación de los procesos respectivos, de allí que no adquirió status alguno que le confiriera estabilidad, luego, aunque el cargo estuviese clasificado como de carrera, su incorporación al mismo fue en provisionalidad, por las razones atrás expuestas, y ninguna de las normas invocadas como violadas le otorgan estabilidad a la provisionalidad, y menos la estabilidad propia de la carrera”.<sup>2</sup>

De conformidad con lo expuesto, el demandante en tutela sostiene que la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió el recurso a que se hace mención vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la prelación del derecho sustancial, constituyendo una vía de hecho.

Aduce que su derecho a la igualdad fue quebrantado, pues el señor Jhony Romero Cardona, quien demandó a la Fiscalía General de la Nación, con base en las mismas circunstancias de hecho y derecho que dieron lugar a su retiro de la Fiscalía, sacó adelante sus pretensiones de nulidad y restablecimiento, en razón de la sentencia de segunda instancia proferida en su caso.

Explica que conocida la decisión tomada en segunda instancia por la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para acceder a sus pretensiones, el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba resolvió en igual forma las formuladas por el señor Romero Cardona, el 13 de julio de 2000, mediante sentencia que la Fiscalía dejó ejecutoriar, al no sustentar la impugnación que la misma presentara, de modo que el nombrado disfruta en la actualidad de estabilidad en el cargo.

Por lo anterior el actor concluye que al igual que el señor Romero Cardona él tiene derecho a que se anule la declaratoria de insubsistencia y se disponga su reintegro a la Fiscalía, como funcionario de carrera.

Asegura que también la Sala Plena accionada quebrantó su garantía constitucional al debido proceso i) dado que resolvió la súplica, abarcando situaciones de derecho no comprendidas dentro del recurso, “desnaturalizando la concepción normativa dictada por el legislador, concretamente la contenida en el artículo 194 del decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo que solo habilita a los extremos procesales para acudir a este remedio cuando la sentencia viole el derecho sustancial de manera directa y no como la aplicó la citada Sala por violación indirecta de la ley sustancial”; ii) en razón de que “trasmutó y mudó la operación que su intelecto reconocía al concurso público de méritos, dejando en cabeza del administrado los errores de la administración sin importar que aquel se hubiere allanado a todas sus reglas y que estas estuvieren conforme con la Constitución y la ley”; y iii) como quiera que “funda su fallo en el factor probatorio y no en la indebida aplicación de la ley por haberle hecho producir consecuencias o efectos diversos a los que quiere la norma, según

ella misma quiso o intentó infructuosamente fundamentarlo (..) con doble repercusiones negativas, una darle un alcance a la prueba ya articulada diferente a la que le dio el juez de instancia, reviviendo el debate procesal probatorio y, otro, articulando una nueva prueba que nunca se pudo controvertir por el actor de la demanda.”

De conformidad a los hechos expuestos y a las consideraciones antes sintetizadas, el accionante solicita se declare la nulidad de la providencia del 2 de septiembre de 2003, que resolvió el recurso de súplica y profirió sentencia sustitutiva de segunda instancia, dentro del asunto de nulidad y restablecimiento promovido por él contra la Fiscalía General de la Nación y, en su lugar, se deje en vigor el fallo proferido por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, esto es que se haga efectiva la decisión que dispuso su reintegro al cargo de Fiscal Local, por haber sido despedido sin motivación de un cargo de carrera al que ingresó por concurso y en el que se desempeñó satisfactoriamente, restableciendo así sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

## 2. Actuación del Consejo de Estado y de la Fiscalía General de la Nación

No obstante haber sido notificados, los integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no intervienen en el presente asunto.

La Fiscalía General de la Nación, vinculada a la actuación por decisión de esta Sala, contesta la demanda, por conducto de la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, en el sentido de solicitar se niegue el amparo constitucional.

Como se aprecia en el siguiente aparte, la interviniente se detiene fundamentalmente en la

improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales por razones de divergencias en la interpretación de las normas, con fundamento en la autonomía e independencia de los administradores de justicia, a la que se refiere el artículo 230 de la Carta.

Indica la funcionaria:

“(..) es imponer su particular criterio interpretativo sobre los hechos comentados en tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez ordinario sobre dicho tema, de manera concienzuda y apegada al ordenamiento jurídico, donde se explicó de manera, clara, concisa y congruente los motivos constitucionales y legales, que determinaron la procedencia del recurso extraordinario previsto en el precepto 194 del Código Contencioso Administrativo, al cual tuvo acceso oportunamente el actor para ejercer la defensa de sus intereses. Razón suficiente para sostenerse que no existe vía de hecho por esta circunstancia.

“Más bien parece que la intención del demandante es crear a través del amparo constitucional una instancia judicial más, lo cual es inconcebible por el carácter subsidiario que acompaña tan especial mecanismo judicial.

“Por otro lado, tampoco se quebrantó el derecho constitucional consagrado en el artículo 13 superior, como lo pretende hacer creer el actor al comparar su situación con la del ciudadano Jhony Romero Cardona quien sí fue reintegrado al ente acusador, por la potísima razón de que no estamos frente a una misma situación de hecho, ya que el caso jurídico del señor Romero no agotó todas las instancias procesales, a diferencia de la situación legal del demandante en tutela, lo que ocasionó diversos resultados judiciales, circunstancias, que no permiten fructificar la procedencia de un test de igualdad, que demuestre una actuación inconstitucional por este sentido.”

### 3. Material probatorio

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 13 de julio de 2000 para resolver la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por Jhony Romero Cardona contra la Fiscalía General de la Nación y del auto de 4 de diciembre de 2000, adoptado por la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para declarar desierto el recurso de apelación, interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia a que se hace mención.

Consideró el Tribunal Administrativo en cita, para acceder a las pretensiones de la demanda:

“En virtud de la similitud de hechos y razones jurídicas del caso con otro proceso resuelto por esta Corporación (Exp. 8.661; 19 11 98) cuya sentencia fue revocada por el H. Consejo de Estado accediendo a las pretensiones (..) la Sala siguiendo los lineamientos de esta providencia procede a estudiar los cargos.

Conforme los hechos y las anteriores apreciaciones acorde con la sentencia aludida, el asunto litigioso se reduce a que en criterio de la Fiscalía, a pesar de lo dispuesto en el decreto 2699/91 y no obstante haber superado el concurso y ser nombrado en cargo de carrera, no se generaron prerrogativas de carrera debido a la nota de la convocatoria que exoneraba a la entidad de compromiso legal con quienes aprobaran el concurso.

En virtud de lo anterior y conduciendo con la sentencia referida, la controversia jurídica se resuelve siguiendo las disposiciones del Decreto 2699 de 1991 que regula el régimen de la carrera en la Fiscalía y ordena que la provisión de los empleos de carrera se hace previo agotamiento del concurso y sólo cuando no es posible hacer éste, es posible hacer los nombramientos en provisionalidad.

(..)

Conforme los apartes transcritos, y como concluye la providencia, estando aceptada por la Fiscalía que el demandante ingresó a la entidad previa superación del Concurso, y aunque lo hubiere nombrado en provisionalidad y más aún si fue en propiedad, lo cierto es que del motivo del nombramiento surgen las prerrogativas que otorga el status de carrera. De suerte que era improcedente declarar la insubsistencia en ejercicio de la facultad discrecional y solo procedía el retiro del servicio por calificación insatisfactoria en el desempeño del cargo, violación al régimen disciplinario o por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

(..)

Tal como en el asunto de la sentencia que orienta esta providencia, con la misma fundamentación jurídica en el presente caso está clara la ilegalidad del acto acusado y en consecuencia procede la declaratoria de su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho<sup>3</sup>.”

-Fotocopia de la providencia adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del

Consejo de Estado el 2 de septiembre de 2003, para infirmar la decisión del 22 de octubre de 1999, dictada por la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación y adoptar sentencia sustitutiva de segundo grado, dentro de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por Antonio Musiri Gutiérrez contra la Fiscalía General de la Nación.

Expuso la Sala accionada, entre otros planteamientos -se destaca-:

“Si bien en el recurso sub examine se formulan dos cargos, la lectura de ambos muestra que en el fondo son dos enfoques de una misma acusación, como quiera que la violación de las normas constitucionales invocadas en el primero se hace derivar de la violación de las normas legales aducidas en el segundo, de suerte que el recurrente resulta conformando un bloque normativo en cuya violación hace radicar la impugnación. Por consiguiente, atendiendo razones metodológicas conviene empezar el examen por las normas de orden legal cuya vulneración se explicita en el cargo segundo del recurso.

(..)

Así las cosas, cabe concluir que el procedimiento señalado en la norma no fue utilizado por la recurrente para seleccionar y vincular al actor en el cargo cuyo nombramiento le fue declarado insubsistente, pues no consistió en un concurso para ingresar al servicio en esa entidad, sino en un procedimiento informal que por las circunstancias prácticas se adoptó para proveer provisionalmente determinados cargos de carrera, mientras ésta podía ser puesta en funcionamiento en virtud de su reglamentación por la autoridad prevista en las normas legales que la regulaban. Asimismo, que el nombramiento en provisionalidad no aparece como una decisión caprichosa e ilegal sino como adecuada a esas circunstancias.

Sea esta la ocasión para precisar que no todo proceso de selección mediante elementos objetivos y subjetivos de valoración origina estabilidad o status de carrera en un determinado cargo, puesto que la consideración del mérito no es compatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de periodo, ya que el nominador en ejercicio de esa facultad precisamente puede optar por ese mecanismo si a bien lo tiene y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio.

Tampoco sería incompatible con la designación en provisionalidad y por tanto temporal, en cargos de carrera si circunstancias especiales y objetivas lo justifican como en el caso de las aquí examinadas, consistentes en la falta de desarrollo normativo del procedimiento respectivo y se trata de un servicio o función que no se puede dejar de prestar o cumplir.

De otra parte la Administración fue suficientemente clara sobre los términos y los efectos de la convocatoria de suerte que no dio lugar a que los aspirantes se llamaran a engaño y que, por el contrario, se presume que quienes participaron en ello lo hicieron con pleno conocimiento de las condiciones de la misma.

(..)

No es, entonces, demostrativo de un desmejoramiento del servicio y por tanto un indicio necesario de desviación de poder, el hecho de que el actor hubiera sido reemplazado por la persona en mención, puesto que según los datos consignados en la hoja de vida ya era abogado al momento del encargo y mostraba una experiencia cercana a las funciones del mismo, con lo cual satisfacía los requisitos para su desempeño, aún en situación de encargo.

(..)

(..)

En lo atinente a la expedición irregular por falta de motivación y por atenderse su condición de funcionario de carrera, basta poner de presente que al quedar demostrado que la convocatoria en virtud de la cual se produjo el nombramiento de fiscal local no constituyó un concurso para ingresar a la carrera en la Fiscalía General de la Nación, sino para proveer el cargo, entre otros, de manera provisional, se concluye que dicho funcionario no quedó incorporado en la carrera, más cuando ésta aún no existía por falta de la necesaria reglamentación de los procesos respectivos, de allí que no adquirió status alguno que le confiriera estabilidad, luego, aunque el cargo estuviese clasificado como de carrera su incorporación al mismo fue en provisionalidad. Por las razones atrás expuestas, ninguna de las normas invocadas como violadas le otorgan estabilidad a la provisionalidad y menos la estabilidad propia de la carrera.

En tales condiciones podía ser removido del cargo, en la misma forma como ello se da respecto de las designaciones de libre nombramiento y remoción, es decir de manera discrecional toda vez que ante la ausencia de alguna estabilidad (v. gr. por pertenecer a carrera o por ser funcionario de periodo) nada obsta para que en uso de esa discrecionalidad el nominador declare la insubsistencia del nombramiento, más cuando el cargo está llamado a ser proveído mediante concurso.

Se está entonces ante un acto discrecional, que por lo mismo generalmente no requiere ser motivado, ni hay norma que de manera especial y para su expedición no era menester seguir procedimiento alguno que correspondiera a la remoción de servidores de carrera, pues el afectado no lo era, de allí que no se configura la falta de motivación como vicio de forma, ni la expedición irregular por omisión de un específico procedimiento. El cargo, en consecuencia, tampoco prospera.

c. Finalmente, la violación de normas superiores, como son las reguladoras de la carrera en la Fiscalía General de la Nación resulta desvirtuada en los análisis atrás expuestos sobre el particular, amén de que como lo advierten el a quo y el Ministerio Público, el actor no ha demostrado su incorporación en dicha carrera, luego no estaba cobijado por ese régimen ni el acto acusado debía sujetarse al mismo. Por tanto el cargo tampoco prospera<sup>4</sup>.

Los Consejeros Ricardo Hoyos Duque, Alier Eduardo Hernández, Darío Quiñones Pinilla y Ramiro Saavedra Becerra, se apartaron de la posición mayoritaria fundados, entre otras consideraciones, i) en que el cargo por violación del derecho a la igualdad, esgrimido por la Fiscalía General de la Nación, no podía prosperar en razón de que las conclusiones de la sentencia suplicada muestran que la Subsección B de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo ratificó con suficiencia el cambio de jurisprudencia que la misma había adoptado en la sentencia del 11 de marzo de 1999; ii) en que el Fiscal General de la Nación “carece de la facultad para hacer la designación en provisionalidad, así obre de por medio la ‘nota’ que se consignó en la convocatoria, en el sentido de que quien concursara no ingresaría a la carrera”; iii) en que “la Fiscalía General de la Nación en principio, no tiene facultad para proveer cargos de carrera con nombramiento en provisionalidad, sino que debe hacerlo previo el agotamiento del proceso de selección. El nombramiento provisional es la excepción”, iv) en que “el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, define el empleo que desempeñaba el demandante como de carrera, la Fiscalía lo vinculó previo agotamiento del concurso de méritos y en esas condiciones, la circunstancia de que en la convocatoria hubiera expresado que ella no otorgaba a sus participantes derechos de carrera, tal advertencia no tiene la virtualidad de modificar la ley, mucho menos la Constitución. Ella no tiene ningún valor, pues de lo contrario, sería aceptar que el nominador pueda a su arbitrio cambiar las reglas previstas en la Constitución y en la ley”; v) en que la censura por violación directa del artículo 125 superior, no podía considerarse, dado que el recurrente no indicó “en forma precisa los motivos de la infracción”; vi) en que tampoco los cargos por aplicación indebida de los artículos 249, 251.2 y 253 de la Carta podían prosperar, toda vez que de las disposiciones relacionadas “no se derivan garantías que permitan extraer derechos subjetivos”, además que el suplicante no expresó “con precisión y claridad la forma como el fallo acusado pudo quebrantar las normas citadas”; vii) en que la Fiscalía aseguró que la sentencia recurrida desconoció su potestad nominadora, así como la facultad

discrecional de que goza el Fiscal para nombrar, remover y definir situaciones administrativas de los funcionarios y empleados de su dependencia, pero no precisó el cargo, y, además de plantear el asunto fuera de contexto, propuso que la súplica considere que “El ser el Doctor Antonio Musiri Gutiérrez un empleado de libre nombramiento y remoción permitía al nominador declararlo insubsistente cuando considerara que su permanencia en la administración no fuera propicia para la efectiva prestación del servicio público”, aspecto éste que además de no haberse debatido en el proceso “mediante el recurso extraordinario de súplica tampoco podría definirse (..) por no ser susceptible de alegarse por vía de la violación directa”.

En conclusión para los Consejeros disidentes la Sala Plena accionada “ en realidad, declaró la prosperidad del recurso extraordinario de súplica por violación indirecta de normas sustanciales y no como lo exige el artículo 194 del C.C.A., por violación directa de esa categoría de normas, incurriendo, por tanto, en desconocimiento de esa disposición”.

#### 4. Decisiones judiciales objeto de revisión

##### 4.1 Primera Instancia

Mediante sentencia de 6 de febrero de 2004, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado niega la acción de tutela instaurada por Antonio Musiri Rodríguez contra la Sala Plena de la misma Corporación, fundada en que esta última resolvió asumir una postura uniforme en relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, que aboga por la improcedencia absoluta del mecanismo de amparo constitucional, con el propósito de evitar el “desquiciamiento del orden jurídico que conduce a la ineficacia de las normas y del derecho mismo y, como consecuencia, a la negación de justicia que es la barbarie misma.”

La Consejera Ana Margarita Olaya Forero se aparta de la decisión mayoritaria, para el efecto considera que la acción de tutela “en manera alguna implica una desestabilización del orden jurídico y una mengua de la institución de la cosa juzgada, no obstante que es un hecho que acudir a esta vía de la tutela para remediar los errores judiciales, sin delimitación alguna de la figura es crear un paralelismo judicial que no quiso la Carta Política”.

En consecuencia sostiene que “el examen, en los casos que lo permitan, debe ser riguroso, pues no puede olvidarse que los jueces son falibles y de que sus yerros constituyen fuentes de injusticia y de violación de las partes contendientes.”

## 1. Impugnación

El actor impugna la decisión. Afirma que la improcedencia absoluta de la acción de tutela contra providencias judiciales desconoce la Carta Política y la jurisprudencia de esta Corporación, cita apartes de la sentencia C-543 de 1992.

En consecuencia, reitera los planteamientos de su demanda y reclama le sea concedida la protección.

## 4.3 Segunda Instancia

En providencia del 19 de agosto de 2004, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirma la decisión.

La Sección ad quem considera que sólo arbitrariedades manifiestas dan lugar a desconocer las decisiones judiciales en firme, situación que a su juicio no se presenta en el caso sub lite.

Afirma que la decisión que el actor controvierte, adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, atinente a infirmar la sentencia de 22 de octubre de 1999 dictada por la Subsección B de la Sección Segunda de la misma Corporación y emitir sentencia sustitutiva de segundo grado, no quebranta el debido proceso, dado que se sustenta en un análisis probatorio apoyado en las reglas de la sana crítica y en criterios de experiencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Agrega que tampoco el derecho a la igualdad del señor Musiri Gutiérrez está siendo vulnerado, porque, así otra Sala de la misma Corporación hubiere declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia que dispuso el reintegro del señor Jhony Romero Cardona, lo cierto es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no se pronunció al respecto, como sí sucedió al resolver el asunto promovido por el aquí accionante, por tanto la situación de éste y la del demandante Romero Cardona no es la misma.

En relación con la presunta violación de sus garantías constitucionales que el actor hace consistir en el desconocimiento de las normas que señalaban la competencia de la Sala Plena de la entidad en cuanto al recurso de súplica, advierte el juzgador constitucional que la Sala Plena demandada bien podía considerar i) que la Fiscalía General de la Nación profirió la Resolución No. 00459 de 1997 en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Resolución No. 002 del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 69 y 71 del Decreto 2699 de 1991; ii) que la designación del actor fue provisional, dado el carácter informal de la convocatoria en la que el mismo participó; y iii) que la necesidad impostergable de la puesta

en funcionamiento de la institución, justifica plenamente la actuación.

Agrega que la decisión de la accionada se ajustó al procedimiento establecido en el ordenamiento, puesto que bien podía la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considerar que de las convocatorias informales no se derivan derechos de carrera y que en consecuencia la sentencia suplicada infringía el derecho sustantivo, por indebida aplicación del Decreto 2699 de 1999.

De donde concluye que la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no incurrió en vía de hecho y que en consecuencia la sentencia de primera instancia, en cuanto niega la protección por improcedente, debía confirmarse y así procedió.

#### 5. Trámite en sede de revisión

Esta Sala, al advertir la indebida integración del contradictorio, como quiera que el auto admisorio que avocó el conocimiento de la acción que se revisa les fue notificado a los Consejeros integrantes de la Sala Plena accionada, y no a la Fiscalía General de la Nación, se abstuvo de realizar la revisión ordenada por la Sala Once de Revisión y en su lugar dispuso que el juzgador de primera instancia pondría en conocimiento de la entidad afectada la irregularidad advertida y, atendiendo a sus manifestaciones, reharía la actuación.

Ahora bien, notificada del asunto, la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda sin hacer referencia a la nulidad -de la manera como se sintetiza en otro aparte de esta decisión-, circunstancia indicativa de su saneamiento, razón por la cual el juzgador constitucional de primer grado devolvió la actuación, siendo del caso reanudarla y adoptar en

consecuencia la decisión que corresponda.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las sentencias proferidas en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 19 de noviembre de 2004, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de esta Corporación.

### 2. Problema Jurídico

Debe esta Sala revisar las sentencias proferidas por las Secciones Segunda Subsección A y Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que niegan al actor la protección invocada, pues mientras el a quo considera improcedente que los asociados puedan reclamar el restablecimiento de sus derechos fundamentales contra una decisión judicial en firme, el fallador de segundo grado sostiene que la Sala accionada, al infirmar la sentencia dictada por la Sección Segunda Subsección B de la misma Sala y Corporación y adoptar en su lugar la decisión de negar las pretensiones de nulidad y restablecimiento impetradas, no incurrió en vía de hecho, en cuanto motivó debidamente su decisión y la apoyó en las pruebas allegadas al plenario, estimadas como debía.

Ahora bien, como quiera que el actor reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo, fundado i) en que la Fiscalía General de la Nación no podía desvincularlo del servicio, sino por calificación no satisfactoria o violación del régimen disciplinario y ii) que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debía desatender la súplica de la misma contra la sentencia que dispuso su reintegro, corresponde a esta Sala resolver si la Sala Plena del Consejo de Estado accionada incurrió en vía de hecho al infirmar el fallo que declaró nula la actuación de la Fiscalía y dispuso el reintegro inmediato del actor a la institución.

### 3. Consideraciones preliminares

Previamente advierte la Sala la conveniencia de recordar i) la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) las características del régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación y las designaciones en propiedad y en provisionalidad; iii) los pronunciamientos de esta Corte sobre el respeto del debido proceso en el retiro de los servidores vinculados en cargos de carrera; y iv) la necesaria motivación de los actos de desvinculación de personas en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación.

#### 3.1 La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en firme, vale recordar que mediante sentencia C-543 de 19925 esta Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, normas éstas que regulaban su ejercicio contra sentencias judiciales, por considerar que desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica<sup>6</sup>, al tiempo que dispuso que “(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en

dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (..)”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien, en decisión reciente, esta Corporación, al resolver sobre la conformidad con la Carta Política de una disposición que limitaba la protección de los derechos fundamentales de los asociados en el ámbito del recurso de casación<sup>7</sup>, reiteró la consistente jurisprudencia de esta Corte en materia de procedencia de la acción de tutela cualquiera fuere la autoridad que vulnere o amenace los derechos fundamentales, a la vez que recordó que la doctrina constitucional en la materia “no sólo se encuentra respaldada en el artículo 86 de la Carta sino también en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta<sup>8</sup>”, en cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a los Estados partes de la comunidad internacional a establecer un recurso sencillo, efectivo y breve de protección cierta de los derechos fundamentales de los asociados siempre que se los amenace o desconozca.

Se refirió esta Corte, en la sentencia de constitucionalidad en comento, a los distintos cuestionamientos que se formulan contra la acción de tutela frente a decisiones judiciales en firme y pudo concluir i) que no es de recibo argumentar que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se resolvió restringir la protección constitucional al ámbito de las actuaciones administrativas, porque esta propuesta, luego de haber sido debatida “resultó amplia y expresamente derrotada por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita<sup>9</sup>”; y ii) que no es dable admitir que la acción de tutela contraría la naturaleza de la protección de los derechos fundamentales, en cuanto desconoce las decisiones de las autoridades judiciales instituidas para protegerlos, “porque la doctrina

constitucional comparada parece coincidir de manera unánime en que la tutela -amparo o acción de constitucionalidad- contra las sentencias es un corolario lógico del modelo de control mixto de constitucionalidad (..) necesario para garantizar, simultáneamente, la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales”. Indica la decisión:

“Los desacuerdos en la doctrina y la jurisprudencia más especializada se producen más bien en torno al alcance de esta figura y al tipo y grado de eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito judicial. No obstante, a estas alturas de la evolución de la doctrina constitucional, parece que nadie niega la importancia de que exista un último control de constitucionalidad de aquellas sentencias que hubieren podido vulnerar los derechos fundamentales de las partes y, en particular, el derecho de acceso a la administración de justicia.

No puede perderse de vista que la más importante transformación del derecho constitucional en la segunda mitad del siglo XX fue la consagración de la Constitución como una verdadera norma jurídica. En otras palabras, en el nuevo Estado constitucional, las constituciones -y en particular los derechos fundamentales- dejaron de ser normas formalmente prevalentes pero jurídicamente irrelevantes para convertirse en las normas jurídicas de mayor eficacia o poder vinculante dentro del ordenamiento. Para lograr esta transformación, los distintos sistemas jurídicos incorporaron al texto constitucional poderosos sistemas de garantía tendientes a asegurar la sujeción de todos los órganos del Estado a las disposiciones constitucionales y, muy en particular, a los derechos fundamentales.

En este novedoso y potente sistema de protección de la Constitución, la tutela contra sentencias juega un papel fundamental: el control de constitucionalidad de las sentencias sirve para desplegar con fuerza la eficacia normativa de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de aplicación del derecho. En otras palabras, de lo que se trata es de

asegurar el llamado “efecto irradiación” de los derechos fundamentales en jurisdicciones acostumbradas a seguir fielmente los mandatos del derecho legislado sin atender a las normas constitucionales que podrían resultar relevantes para resolver la respectiva cuestión.

Entonces, la acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.”

También destacó la Corte, en la oportunidad a que se hace referencia, la acción de tutela como mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional, diseñado por el constituyente con el propósito de que un órgano único determine el alcance de los derechos fundamentales asegurando de esta manera unidad y seguridad en la aplicación e interpretación “del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República -con independencia de la causa que se encuentren juzgando-”.

Ahora bien no sobra recordar que la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contravía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con

el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

En ese orden de ideas, considerando que esta posibilidad tiene un alcance excepcional y restrictivo, la Corte Constitucional ha venido construyendo a partir de la Sentencia C-543 de 1992 una nutrida doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que ésta resulte procedente; doctrina cuyos primeros desarrollos aparecen contenidos en las Sentencias T-079 de 1993 y T-231 de 1994 y que luego se ha enriquecido en múltiples decisiones posteriores.

Según la doctrina constitucional<sup>10</sup>, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos de procedibilidad: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. (4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del Juez al que esté adscrito el Fiscal. Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda. (8) No procede la acción de tutela contra sentencias de tutela. (9) La acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho. 10) Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un

término razonable al de su ocurrencia.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional<sup>11</sup> ha identificado claros presupuestos para establecer la ocurrencia de una vía de hecho judicial, precisando que esta última tiene lugar cuando se advierte en la actuación judicial acusada un defecto orgánico<sup>12</sup>, sustantivo<sup>13</sup>, fáctico<sup>14</sup>, procedimental<sup>15</sup> o por consecuencia<sup>16</sup>.

3.2 Régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación. Designaciones en propiedad y en provisionalidad

3.2.1 El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, esta misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se prevea de libre nombramiento y remoción.

De ahí que esta Corte haya señalado que el ordenamiento constitucional funda en el mérito el acceso a la función pública<sup>17</sup>, aspecto éste de especial significación en lo que se refiere al ingreso y retiro del servicio en la Fiscalía General de la Nación no sólo porque así lo indica el artículo constitucional anotado, sino en virtud de los mandatos del artículo 253 del mismo ordenamiento.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Señala la jurisprudencia de esta Corte sobre el régimen de carrera en la Fiscalía General de

la Nación<sup>20</sup>:

“6.2. Conforme a lo preceptuado en los artículos 125 y 253 de la Carta, la carrera es el principal sistema para acceder a un cargo en la Fiscalía General de la Nación. Así mismo, esas disposiciones cualifican la existencia de la carrera autónoma y especial para esa entidad<sup>21</sup>, la que si bien puede ser diferente a la carrera administrativa o a la carrera judicial, debe regirse bajo los principios de mérito e igualdad de oportunidades, que irradian el acceso a la función pública en la Constitución.

Así mismo, la Carta dispuso que corresponde al Legislador la reglamentación de la carrera administrativa y de las carreras especiales. Por ende, la ley deberá determinar el procedimiento para la selección de aspirantes y la administración de la misma. Efectivamente el artículo 125 superior preceptuó que “el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley...”. En especial para la Fiscalía, el artículo 253 superior preceptúa que “la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio...”. En relación con el tema, de si el Legislador extraordinario podía regular la carrera en la Fiscalía General de la Nación, la Corte dijo:

“para el caso de la Fiscalía General de la Nación, resulta ajustado a la Carta Política el que la ley estatutaria sobre administración de justicia establezca que dicho ente acusador tendrá un régimen autónomo de carrera, el cual de todas formas deberá ser regulado por el legislador ordinario, atendiendo eso sí los parámetros y principios generales que se señalan en la normatividad bajo examen, habida cuenta de la superioridad jerárquica de las leyes estatutarias en relación con las ordinarias.”<sup>22</sup>

3.2.2 El Presidente de la República en ejercicio de las facultades asignadas por el artículo 5° transitorio de la Carta Política<sup>23</sup> expidió el Decreto 2699 de 1991, normatividad que en atención a las necesidades propias de la entidad y la prestación eficiente de las funciones encomendadas a la misma en el ordenamiento superior, reguló la selección mediante el concurso, su vigencia, las reglas que regulan los movimientos de personal, las evaluaciones, calificaciones y sanciones, entre otros aspectos relativos a la organización del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación<sup>24</sup>.

Dispuso la citada normatividad, en lo relativo al proceso de selección y provisión de cargos de carrera<sup>25</sup>, que el sistema i) “comprende la convocatoria, el concurso y el período de prueba, cuando este último fuere necesario”; ii) garantiza “recursos humanos disponibles para la provisión de las eventuales vacantes en cualquiera especialidad y nivel dentro de la [entidad]”; iii) evalúa “íntegramente las capacidades y aptitudes del aspirante mediante calificación objetiva y ponderada de los conocimientos, títulos y estudios académicos, experiencia profesional y habilidades para el cargo; de conformidad con el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de Personal”; iv) da lugar al ingreso de las personas escogidas “por el sistema de concurso”, a un periodo de prueba de tres meses, con el fin de evaluar “su eficacia, adaptación y condiciones para el desempeño del cargo”; y v) culmina con el nombramiento “en propiedad y escalafonado dentro de la carrera” del aspirante que superado el periodo de prueba obtenga “calificación satisfactoria” -artículos 68, 70 y 72 Decreto 2699 de 1991<sup>26</sup>-.

Para efectos de la administración de la carrera, el artículo 67 de la normatividad en cita previó una Comisión Nacional de Administración de Personal que expediría su propio reglamento, “conformada por el fiscal general o el vicesfiscal quién la presidiría; el secretario general y dos representantes de los funcionarios o empleados elegidos por éstos. Actuará como secretario el director nacional administrativo y financiero”.<sup>27</sup>

3.2.3 No dispuso el Decreto 2699 de 1991 lo relativo a la designación de servidores en provisionalidad, de modo que hasta el 15 de marzo de 1996, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996<sup>28</sup> que regula íntegramente el tema, la cuestión de la provisión temporal de cargos en la Fiscalía General de la Nación por razones del servicio, diferente al encargo<sup>29</sup>, se reguló por el artículo 33 del Decreto 052 de 1987 y el literal c) del Capítulo II del Decreto 1660 de 1978<sup>30</sup>.

Preveía la normatividad a que se hace mención, respecto de la provisión de cargos sin atender a las reglas del concurso de méritos i) que en caso de vacancia definitiva, cuando las necesidades del servicio lo exijan y no se pudiere proveer cargos de carrera por el sistema de méritos, la designación dentro de la Rama Judicial del poder público se hará con carácter provisional e inmediatamente el nominador informará al respectivo Consejo de la Carrera para efectos de la convocatoria a concurso -artículo 33 D. 052 de 1987-; y ii) que los empleados designados “para ocupar un cargo transitoriamente vacante tendrán derecho a la estabilidad durante el término de la vacancia, siempre que reúnan los requisitos para ejercerlo” -artículo 48 D. 1660 de 1978-.

La Ley 270 de 1996, por su parte, preceptúa en que en caso de vacancia definitiva o temporal -“cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un mes”- y “hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto”, procede la designación en provisionalidad, “que no podrá exceder de seis meses”<sup>31</sup>, plazo que el artículo 116 del Decreto 261 de 2000 reduciría a 180 días<sup>32</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3.2.4 De lo expuesto se puede afirmar que el sistema de carrera, de que tratan los artículos 125 y 253 de la Carta Política, desarrollados por los artículos 156 a 175 de la Ley 270 de 1996, los Decretos 2699 de 1991 y 261 de 2000 y en la actualidad por la Ley 938 de

200433, propende porque las funciones que el ordenamiento superior y la ley confían a los servidores vinculados a la Fiscalía General de la Nación se realicen con fundamento en los principios de eficacia y eficiencia, al servicio del interés general, para lo cual los nominadores no pueden vincular al servicio sino a los más capacitados, quienes gozan de estabilidad laboral, fundada en su desempeño individual, la que no se ve aminorada porque las designaciones, de manera excepcional y por razones del servicio, lo sean en provisionalidad.

Señala la jurisprudencia:

“4.1. A fin de garantizar el derecho de todos los ciudadanos a acceder a los cargos públicos a través de un concurso en el cual se garanticen condiciones de igualdad, la Constitución estableció expresamente que, por regla general, dicho acceso, así como el ascenso se regiría por el principio de la carrera administrativa. (..)

Esta norma constitucional<sup>34</sup> orienta el desarrollo de instrumentos “para asegurar -sobre la base del mérito laboral, académico y profesional, la igualdad de oportunidades y el desempeño eficiente y honesto de las funciones públicas - el ingreso, la permanencia, la promoción y el retiro en los diferentes empleos del Estado.”<sup>35</sup>

4.2. Los anteriores parámetros constitucionales rigen también para los regímenes especiales de carrera, ya sean de creación constitucional como legal, dentro de los cuales se encuentran la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y la Fiscalía General de la Nación.<sup>36</sup> En la sentencia C-563 de 2000, la Corte señaló que estos regímenes de carrera especiales serán constitucionales “en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y

calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”.<sup>37</sup>

Parámetros éstos que, como se dijo, los nominadores estuvieron en el deber de observar desde los inicios de la entidad, según lo preceptuaron los artículos transitorios 5° y 27 del ordenamiento superior, realizando así en la Fiscalía General de la Nación el postulado constitucional de la igualdad, el principio mínimo fundamental de estabilidad que deberá estar presente en toda relación laboral y la vigencia de un orden justo. Por cuanto la selección y permanencia por méritos, a la par que ofrece a los asociados iguales e irrenunciables oportunidades para acceder a los empleos en los órganos y entidades del Estado, comporta que las labores encomendadas se desarrollen por los más capaces y sin interrupción, con fundamento en los principios que orientan el ejercicio de las funciones públicas -artículo 209 C.P.-<sup>38</sup>.

3.2.5 Se aprecia, entonces, que así como claras razones de interés general indican que el mérito determina el acceso y el desempeño de las funciones o cargos públicos, con las excepciones señaladas en la Constitución y reguladas en la ley, las mismas razones indican que mientras se convocan y adelantan los procesos de selección, los nominadores tienen que contar con mecanismos que les permitan garantizar la continuidad en el cumplimiento de las funciones encomendadas, sin desvirtuar dichos procesos.

Señaló esta Corte, a propósito de la carrera administrativa, en providencia aplicable a los distintos regímenes de carrera, previstos en la Carta Política:

“De manera que, la incorporación de los cargos y empleos estatales al sistema de carrera administrativa, constituye un presupuesto esencial para la realización de dos propósitos constitucionales:

i.) Por una parte, el de la garantía de cumplimiento de los fines estatales, en la medida en que permite que la función pública, entendida como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”<sup>39</sup>, pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia<sup>40</sup>.

ii.) Por otra parte, el de la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53).

iii.) Tampoco se puede perder de vista que el respeto al sistema de carrera administrativa hace vigente el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública incorporado a dicho sistema y a ascender dentro de dicha carrera. Al efecto la Corte ha dicho que:

“Con el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto el merecimiento es la base sobre la cual el empleado ingresa, permanece, asciende o se retira del empleo. Pero, como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia”<sup>41</sup><sup>42</sup>.

3.2.6 Dentro del anterior contexto y con miras a evitar que se desconozcan las previsiones constitucionales sobre el acceso a los empleos públicos por méritos y se trunquen en consecuencia los propósitos antes anotados, la jurisprudencia constitucional se ha referido con insistencia al carácter excepcional de las designaciones en encargo o en provisionalidad, destacando sus diferencias con las designaciones en propiedad, al igual que el carácter reglado y esencialmente temporal de las mismas. Por ello en reciente decisión esta Corte definió el mecanismo como “una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga”<sup>43</sup>.

Otro aspecto fundamental de la designación en provisionalidad, se refiere a su carácter esencialmente temporal, restricción ésta que de faltar, “[socavaría] el mandato constitucional que señala que, en principio, todos los cargos estatales deben ser proveídos de acuerdo con los mecanismos propios de la carrera administrativa”. Sostiene la decisión:

“El efecto que se espera obtener a través de la aplicación conjunta de las dos disposiciones es el de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida - y se conviertan en una institución permanente-, como ha ocurrido frecuentemente en el pasado cercano.<sup>44</sup>

Cabe señalar que la limitación temporal para los nombramientos provisionales ya había sido fijada desde tiempo atrás en la legislación sobre carrera administrativa, en la cual se contemplaba, por lo regular, que los nombramientos en provisionalidad no podrían superar un plazo de cuatro (4) meses. Así lo señalaban, por ejemplo, el inciso final del artículo 5 del Decreto 2400 de 1968, el artículo 28 del Decreto 2350 de 1973 y el artículo 4 de la Ley 61 de 1987. Por lo tanto, el elemento nuevo que debe destacarse - que es el que debe obtener que la norma sobre el límite máximo de los nombramientos provisionales se respete - es el que precisa que los nombramientos en encargo y provisionales solamente pueden ser realizados luego de haberse convocado el respectivo concurso para proveer una vacancia definitiva. Anteriormente, la legislación no establecía ninguna exigencia al respecto y ello dio pie para que distintas entidades omitieran la convocatoria a los concursos y procedieran a ocupar los cargos mediante nombramientos provisionales por el estricto término de 4 meses, que se sucedían el uno al otro de manera ininterrumpida. 45 Esta situación constituía una crasa violación de la orden constitucional que señala que, en principio, los empleos estatales deben proveerse siguiendo los procedimientos propios de la carrera administrativa”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4. La demanda del actor debe ser analizada desde la perspectiva expuesta en el numeral anterior. Desde el punto de vista de la Constitución, es inaceptable que los nombramientos en encargo o provisionales adquieran características de permanencia en los casos concretos. Por ello, el análisis de las normas que consagren excepciones al carácter estrictamente temporal y extraordinario de este tipo de nombramientos debe tener siempre en cuenta si ellas conducen a desvirtuar el principio ya comentado<sup>46</sup>”.

### 3.3 El Debido proceso en el retiro de los servidores vinculados en cargos de carrera

3.3.1 Cabe recordar que el artículo 100 del Decreto 2699 de 1991-en igual sentido el artículo 149 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, los artículos 100 y 77 del Decreto 261 de 2000 y de la Ley 938 de 2004 respectivamente- señaló que el retiro de un servidor en cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación puede tener lugar, entre otras razones, debido a la declaratoria de “insubsistencia por calificación de servicios insatisfactoria”-numeral 1- o “revocatoria del nombramiento” -numeral 8-, esta última sometida a “los procedimientos y requisitos que fije el legislador (..)47”.

Igualmente que si bien los artículos 125 y 253 de la Carta Política dan lugar a que el legislador establezca causales de retiro del servicio, diferentes a la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y violación del régimen disciplinario, tal competencia no “pued[e] ser ejercida de manera arbitraria, irracional y desproporcionada, porque su ejercicio se encuentra condicionado, no sólo por el respeto a los principios, valores, fines, derechos y deberes constitucionales, sino a los que específicamente se extraen del sistema constitucional y estatutario de la carrera administrativa48”.

Destacó la Corte, en la providencia a que se hace mención, cómo las causales genéricas de retiro de un cargo de carrera, adicionales a las previstas en la Constitución y en la Ley Estatutaria, deberán tener una “vinculación directa con los actos u omisiones realizados por el empleado en el servicio”, y “fundarse en razones objetivas, racionales y proporcionales a las finalidades que se buscan satisfacer”, de donde concluyó que para prescindir de un servidor que ocupa un cargo de carrera “ha de atenderse a la eficiencia y eficacia de los servicios administrativos, al respeto por los principios medulares de la carrera administrativa y de los derechos que de ella se derivan (..)”; como quiera que “ha sido el designio del Constituyente establecer la permanencia en el servicio, fundada en el desempeño satisfactorio del empleo y en el acatamiento a las normas disciplinarias; de suerte que las demás causales que el legislador configure necesariamente deben estar ligadas con situaciones asociadas a la relación de trabajo y al buen servicio administrativo”49.

3.3.2 Dentro del anterior contexto esta Corte, en sentencia SU-250 de 199850, al preguntarse “si la desvinculación de una persona del cargo que venía ocupando exige un acto administrativo motivado” es decir si “genéricamente se puede concebir un acto administrativo sin expresión de su causa jurídica”, respondió que “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 (..)”.

Para el efecto la Corte inicialmente planteó el desarrollo de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>51</sup>, para luego destacar su tratamiento por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, con miras a hacer realidad el sometimiento de las autoridades al ordenamiento, garantizar la participación de la comunidad en la conformación, ejercicio y control del poder político y hacer viable la interposición de los recursos -artículos 6°, 40, 29, 90 y 83 C.P.-,

Indica la providencia:

“Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus

consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

(..)

Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de lo discrecional y lo que no requiere justificación.

Aunque el constitucionalismo de nuestros días es radicalmente incompatible con la arbitrariedad que se manifiesta en el reconocimiento de poderes exentos de justificación es indiscutible que esta nueva fe no ha logrado terminar del todo el culto a los viejos ídolos, que siguen inconscientemente practicándose con toda naturalidad en una suerte de sincretismo al que es urgente ya poner fin, en esta sociedad cuyo Estado se define como social de derecho.

(..)

Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (y, el nombramiento o el retiro de un Notario, persona que da fe pública de actos privados, es altamente importante para la comunidad) y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción de un Notario; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático.

Está más que definido que la publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Hasta el punto de que la Corte Constitucional, en un caso de tutela llegó a decir que “la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo”<sup>52</sup>.

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).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un 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”<sup>53</sup>.

3.4 La necesaria motivación de los actos de desvinculación de personas en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación. Síntesis de jurisprudencia.

3.4.1 El estado del régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación ha sido advertido en varias sentencias de tutela, concedidas por esta Corte de manera transitoria<sup>54</sup>, al establecer cómo la entidad declara insubsistentes las designaciones en cargos de carrera,

desconociendo el Estatuto que rige el funcionamiento de la entidad y lesionando en grave forma los derechos fundamentales de los servidores -artículo 13, 40 y 29 C.P.-,

En ese contexto, mediante sentencia T-884 de 200255, la Sala Novena de Revisión confirmó la sentencia de primer grado que concedía la protección a una madre cabeza de familia, quien ocupaba un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad y fue desvinculada por acto administrativo sin motivación, en el sentido de disponer su reintegro “dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes”, sin perjuicio del deber de la actora de iniciar la acción contencioso administrativa correspondiente.

De antemano destaca la decisión que la Fiscalía General de la Nación “ha incurrido en una omisión manifiesta y evidente para convocar al concurso de méritos mediante el cual se provea el cargo de carrera que ocupaba la ahora accionante, sobre la base de que, al decir de la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, se trata de proveer más de 17 mil cargos”, asunto éste que dado el tiempo transcurrido desde su creación “apunta a demostrar que no ha existido una verdadera voluntad institucional para convocar a los concursos y, por consiguiente, no resulta admisible que la ahora accionante tenga que sufrir las consecuencias de esa tardanza, pues la no convocatoria al concurso, por decir lo menos, le ha cercenado la posibilidad de aspirar a ocupar el cargo mediante ese mecanismo, no obstante estarlo desempeñando en provisionalidad desde el 17 de enero de 2000, es decir, hace más de un año y nueve meses”.

Agregó la Corte en la sentencia en mención que “mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo en tanto ese hecho pueda atentar contra derechos fundamentales de la persona, como también compagina con el pensamiento de la Corporación en cuanto a que la estabilidad laboral, que si bien en si misma no es un derecho fundamental, no se reduce por

el solo hecho de que el empleado ocupe el cargo en provisionalidad”; esto sin perjuicio de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, invocada por la demandada como sustento de la impugnación del fallo de primera instancia.

Respondió esta Corte al planteamiento de la Fiscalía, consistente en que la decisión de desvincular de la entidad a funcionarios de carrera sin atender el ordenamiento constitucional, consulta la posición del Consejo de Estado, relativa a que “quien se encuentre nombrado en provisionalidad puede ser removido del cargo sin motivación alguna”, que mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo aguarda sea desvirtuada la presunción de legalidad que ampara los actos de la administración, el juez de tutela restablece sin escatimar esfuerzos los derechos fundamentales quebrantados. Señala la sentencia:

“Como se acaba de reseñar, en la Resolución 0-0180 de 4 de febrero de 2002, al declarar insubsistente el nombramiento de la actora, el señor Fiscal General de la Nación no motivó su decisión, sino que simplemente invocó la facultad a él conferida por el artículo 251 de la Constitución Política<sup>56</sup>.

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 alguna<sup>57</sup>.

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

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

3.4.2 En caso similar, mediante sentencia T-1206 de 2004, la Sala Primera de Revisión revocó la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que declaraba improcedente la protección y en su lugar dejó sin efecto la Resolución "mediante

la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento [del accionante en tutela]” y, en su lugar, ordenó “que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la sentencia, expida una nueva resolución motivada”.

Para el efecto esta Corte consideró “especialmente esclarecedora la sentencia de unificación SU-250 de 1998”<sup>58</sup> y pudo concluir:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“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”.

3.4.3 Dichas consideraciones fueron reiteradas por la Corte recientemente en la sentencia T-123 de 2005 en la que se señaló:

“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia<sup>59</sup> ha sostenido que la estabilidad laboral si bien en sí misma no es un derecho fundamental, no se reduce o desmaterializa por el solo hecho de que el empleado ocupe un cargo en provisionalidad, pues como ya se enunció el trabajo cualquiera que sea su modalidad merece una especial protección por parte del Estado.

Puede decirse, por consiguiente que existe una obligación general para la administración

consistente en que el acto administrativo de desvinculación debe hacer manifiestos los motivos para tomar la decisión, y en ese sentido se garantizará el debido proceso del trabajador al permitirle conocer a éste las razones por los que fue desvinculado del cargo, con el propósito de que pueda ejercer las acciones contenciosas a que haya lugar.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia T-800 de 1998, de manera enfática, señaló 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. (...)”

Ahora bien, es lógico que un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la Ley, pueda ser desvinculado, siempre y cuando la administración cumpla, por su parte, con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal correspondencia, los cargos estarían destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del reemplazo, y además en detrimento de los derechos laborales del trabajador nombrado en provisionalidad.

Cabe destacar, que la Corte, en sentencia SU-250 de 1998, hizo un breve análisis en relación con los requisitos de la motivación de los actos administrativos, y en ese sentido manifestó lo siguiente:

“(…) La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina los ‘considerandos’ del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales. (…)”

Posteriormente, en sentencia T-1011 de 2003, esta Corporación 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 (…)”.

Finalmente, es importante mencionar que en reciente jurisprudencia la Corte reiteró la línea

jurisprudencial que se ha fijado en relación con el deber que tiene la administración de motivar el acto administrativo, a través del cual se desvincula a un empleado público que ha sido nombrado en provisionalidad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Es así, como en sentencia T-597 de 2004, sostuvo lo siguiente:

“ (...) la Corte Constitucional ha considerado que el deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se extiende a los casos en los cuales el empleado desvinculado se encuentra ocupando el cargo de manera provisional, y que la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del trabajador (...)”.

Se puede concluir entonces, que la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de los actos administrativos ha sido prevista como una garantía para los particulares, con el fin de evitar actuaciones arbitrarias revestidas de aparente legalidad, y además con el propósito de respetar su derecho al debido proceso, permitiendo a aquellos un adecuado ejercicio del derecho de contradicción en los eventos en que se encuentren en desacuerdo con la decisión que haya sido adoptada unilateralmente por la administración.”<sup>60</sup>

3.4.4 En decisiones recientes, las Salas Cuarta<sup>61</sup>, Sexta<sup>62</sup>, Segunda<sup>63</sup> y Primera de Revisión<sup>64</sup>, en armonía con la consistente y reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, se pronunciaron sobre la violación de los derechos fundamentales de las personas

vinculadas a la Fiscalía General de la Nación en cargos de carrera, declaradas insubsistentes, disponiendo su reintegro, “al cargo que ocupaba antes de su desvinculación o a otro de iguales características”<sup>65</sup>, previa la nulidad del acto administrativo expedido sin motivación.

3.4.5 Como puede apreciarse la ratio juris de la reiterada jurisprudencia de esta Corte que se trae a colación y que exige la motivación del acto de retiro es aplicable siempre que el retiro del servicio tenga que ver con cargos de carrera, sin que para el efecto interese que la designación lo hubiere sido en propiedad o en provisionalidad, en cuanto la estabilidad en los órganos y entidades del Estado prevista en los artículos 53, 125, 253 de la Carta Política y la prestación de las funciones públicas con fundamento en los principios constitucionales de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, en los términos de los artículos 13 y 209 constitucionales, obligan a los nominadores a tener presentes el mérito y las calidades personales para resolver sobre el ingreso, el ascenso y la permanencia en los cargos de carrera.

No cabe duda entonces que la falta de motivación del acto que retira del servicio a una persona que ocupa un cargo de carrera así sea en provisionalidad, quebranta el artículo 29 de la Carta Política, en cuanto el ordenamiento constitucional garantiza el debido proceso, lo que presupone que el afectado fue enterado y pudo actuar en el procedimiento previo a su retiro y conoce las razones que lo motivaron, de manera que podrá ejercer con autoridad los recursos<sup>66</sup>.

Parece claro, entonces, que ante una declaratoria de insubsistencia no motivada corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo restablecer el derecho del afectado al debido proceso, orientado a la nulidad del acto y su reintegro<sup>67</sup>, como quiera que la acción de tutela ha sido prevista como un mecanismo judicial que procede cuando no se tiene otro instrumento para el restablecimiento de los derechos fundamentales o como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sin embargo cabe considerar la hipótesis de que no obstante la utilización de la acción que corresponde, la jurisdicción competente opte por no decretar la nulidad omitiendo proyectar en su decisión los dictados constitucionales, evento en el cual, ante la invocación de amparo, corresponde al juez de tutela proteger los derechos fundamentales vulnerados<sup>68</sup>.

#### 4. Caso concreto

##### 4.1 Procedencia de la acción

Como lo indican los antecedentes, el señor Antonio Musiri Gutiérrez invoca la protección constitucional de sus derechos a la igualdad, al debido proceso y la estabilidad laboral, porque el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su designación como Fiscal Local 17 de la Unidad de Sahagún, departamento de Córdoba, mediante acto sin motivación -Resolución 459 de 25 de febrero de 1997- y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado infirmó la providencia que disponía la nulidad de dicho acto y su reintegro a la institución, sin solución de continuidad.

Ahora bien como se desprende de las consideraciones preliminares de esta providencia puede afirmarse que la acción que se revisa es procedente, habida cuenta que el actor reclama sobre una providencia respecto de la cual no cabe ningún recurso y de conformidad con lo previsto en el artículo 86 superior toda persona tiene acción de tutela para reclamar contra la vulneración de sus derechos fundamentales, cualquiera fuere la autoridad pública que los desconozca, siempre que el ordenamiento no cuente con un procedimiento eficaz para el efecto<sup>69</sup>.

4.2 La configuración de una vía de hecho en el presente caso y la decisión que habrá de adoptarse

4.2.1 Las pretensiones del actor se orientan al restablecimiento de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, en razón de que la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente su designación en el cargo de Fiscal de la localidad de Sahagún y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado infirmó la decisión que declaraba la nulidad del acto y disponía su reintegro a la entidad, a título de restablecimiento.

Ahora bien, no cabe duda que el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías que ocupaba el actor es un cargo de carrera dado que i) el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 lo dispone expresamente, ii) así lo establecía el artículo 106 del Decreto 261 de 2000 aplicable al actor al momento de su incorporación y iii) en similar sentido se señala en el artículo 59 de la Ley 938 de 2004.

Está probado además que el Fiscal General de la Nación desvinculó al actor del servicio mediante acto sin motivación y sin actuación previa y es claro también que la Fiscalía justifica la omisión en que “si bien es cierto que el actor para ingresar a la Fiscalía presentó examen, también es verdadero que él se sometió a las reglas del mismo, y en el formato del concurso consta que dicho examen no fue para ingresar a la carrera.”

Ahora bien, independientemente de los efectos que el Fiscal General haya resuelto darle a la convocatoria pública realizada por la entidad y atendida por el actor a principios de 1994, lo cierto es que para proceder a desvincular al actor del cargo que ocupaba era necesario proferir un acto motivado.

Lo anterior porque -como como se desprende de los apartes preliminares de esta sentencia y de la síntesis de jurisprudencia en ella efectuada- las actuaciones del Fiscal General relativas al retiro del servicio comprometen, en si mismas, los derechos fundamentales del servidor a la igualdad en el desempeño de cargos y funciones públicas, al trabajo y al debido proceso -artículos 13, 40, 53 y 29 C.P.- por lo que deben ser motivadas.<sup>70</sup>

Al respecto no sobra reiterar que:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

-así el retiro del servicio no configure una medida sancionatoria “la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), previa expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso” <sup>71</sup>

- “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 (..)”<sup>72</sup>

- la motivación de los actos administrativos “(..) se orienta al convencimiento de las partes , eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos (..) pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico (..) también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública (..)”<sup>73</sup>.

- la falta de motivación del “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)” 74.

-la “actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en indefensión”-75.

- “mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo en tanto ese hecho pueda atentar contra derechos fundamentales de la persona, como también compagina con el pensamiento de la Corporación en cuanto a que la estabilidad laboral, que si bien en si misma no es un derecho fundamental, no se reduce por el solo hecho de que el empleado ocupe el cargo en provisionalidad” 76.

Por consiguiente esta Sala tutelaré los derechos fundamentales del actor a la igualdad, al trabajo y al debido proceso porque la Fiscalía General de la Nación lo desvinculó mediante un acto sin motivación y sin permitirle contradecir y probar en contra de la decisión, sin que para el efecto interese que la designación lo hubiere sido en propiedad o en provisionalidad y sin que resulte necesario entrar a considerar la situación de quienes como el señor Johny Romero Cardona, estando en similares condiciones que el actor, en cuanto a condiciones de ingreso y retiro con violación del debido proceso, fue reintegrado a su cargo previa decisión de la jurisdicción contencioso administrativa, dado que para conceder la protección que el actor demanda basta considerar las disposiciones constitucionales que rigen el retiro con sujeción al debido proceso en los cargos y entidades del Estado en general y en la Fiscalía General de la Nación en particular –artículos 2º, 6º, 13, 29, 125 y 253 C.P.

Se observa entonces que con el propósito de restablecer los derechos fundamentales del actor a la igualdad, al debido proceso y al trabajo y reafirmar la jurisprudencia constitucional relativa i) al carácter reglado y la necesaria motivación de las actuaciones administrativas que deciden el retiro del servicio -haya sido la designación en propiedad o en provisionalidad- y ii) atinente al deber ineludible de hacer realidad las garantías constitucionales, siempre que se trate de resolver sobre el retiro de un servidor, esta Corte dejará sin efecto la providencia proferida el 2 de septiembre de 2003 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para resolver el recurso de súplica y declarar ejecutoriado y en firme el fallo adoptado por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 23 de Septiembre de 1999 dictado dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Antonio Musiri Gutiérrez contra la Fiscalía General de la Nación.

### 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. REANUDAR los términos dentro del proceso de tutela de la referencia, los cuales fueron suspendidos por orden de esta Sala, mediante Auto de fecha catorce (14) de febrero de dos mil cinco (2005).

Segundo. REVOCAR las sentencias de tutela proferidas en primera y segunda instancia por la Subsección "A" de la Sección Segunda y Sección Cuarta, ambas de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y en su lugar CONCEDER la tutela por violación del derecho al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del señor Antonio Musiri Gutiérrez.

Tercero. En consecuencia dejar sin efecto la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 2 de septiembre de 2003 y declarar ejecutoriado y en firme el fallo adoptado por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 23 de Septiembre de 1999 dictado dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Antonio Musiri Gutiérrez contra la Fiscalía General de la Nación. Oficiése por la Secretaría General de esta Corporación.

Cuarto. ORDENAR Por Secretaría General, dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El actor presentó su demanda de tutela el 1° de diciembre de 2003, la sentencia de primera instancia se profirió el 6 de febrero de 2004 y la impugnación se resolvió el 19 de agosto de 2004.

2 Ver folio 125 del segundo cuaderno del expediente objeto de revisión.

3 H. Tribunal Administrativo de Córdoba, 13 de julio de 2000 M.P. Pablo García Avila

-salvamento de voto del Magistrado Regulo Torralvo Suárez, como quiera que “no se acreditó que el actor concursó y fue incluido en la lista de elegibles, no puede decirse que tuviera los derechos de los funcionarios de carrera, por ello considero que la sentencia ha debido denegar las pretensiones”-.

4 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Manuel S. Urueta Ayola.

5 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Sobre el particular la sentencia citada señaló que “(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”

7 Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad esta Corte declaró inexecutable la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, como quiera que “la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados”.

8 Al respecto Cfr entre otros, los autos 220A/02, 149A/03, 010/04 y la sentencia SU-1158/03.

9 En este aparte se hace referencia a la propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.182 en la

cual se propone restringir el ámbito de aplicación de la tutela y los debates consecuentes hasta la votación definitiva del texto del hoy artículo 86 de la Constitución. Dicha propuesta fue votada y negada por la Asamblea.

10 Ver entre muchas otras las sentencia T-336 de 2004 M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández, SU-189 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y SU-901/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño

11 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-327 de 1994, SU-014 de 2001, T-1001 de 2001, T-852 de 2002, T- 088, T-639 y T-996 de 2003, T-336 de 2004 y T-701 de 2004. Así como la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis..

12 Tiene establecido la Corte que el defecto orgánico se configura en los eventos en que la decisión cuestionada ha sido proferida por un operador jurídico que carecía de competencia para ello, esto es, cuando el funcionario es claramente incompetente para dictar la providencia.

13 En cuanto al defecto sustantivo o material, éste se presenta cuando la decisión judicial se sustenta en una disposición claramente inaplicable al caso concreto, situación que tiene lugar en los siguientes casos: 1) tratándose de la aplicación de una norma inexistente, 2) que haya sido derogada o declarada inexequible, 3) que estando vigente su aplicación resulta inconstitucional frente al caso concreto, ó 4) que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial. Dentro del defecto sustantivo pueden enmarcarse también aquellas providencias que desconocen el precedente judicial, en especial el que es fijado por la Corte Constitucional respecto de la materia debatida o con efectos erga omnes.

14 El defecto fáctico se entiende estructurado siempre que existan fallas estructurales en la decisión que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. En ese orden, tales deficiencias pueden generarse como consecuencia de una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido -insuficiencia

probatoria-, o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso -interpretación errónea- o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto -ineptitud e ilegalidad de la prueba-.

15 Sobre los defectos procedimentales, ha dicho este Tribunal que los mismos tienen ocurrencia cuando la autoridad judicial se aparta abiertamente y sin justificación válida de la normatividad procesal aplicable al caso concreto. En estos casos, para que exista un desconocimiento del procedimiento previsto en la ley, la jurisprudencia ha señalado que éste debe cumplir dos requisitos: 1) que obedezca a un error manifiesto que contraríe el debido proceso y se proyecte sobre la decisión final y 2) que en ningún caso el mismo resulte atribuible al afectado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

16 En relación con el defecto o vía de hecho por consecuencia, ha dicho la Corte que ésta tiene lugar en los casos en los que la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones jurídicas realizadas por una autoridad diferente a quien la dicta, y cuyo manejo irregular afecta de manera grave e injusta derechos o garantías fundamentales. En estos eventos, sucede que, aún cuando la decisión es adoptada con pleno acatamiento de la ley aplicable, se genera una vía de hecho como consecuencia de la negligencia de otros funcionarios públicos, que obligados a colaborar con la administración de justicia, actúan en forma negligente induciendo en error al funcionario judicial competente y afectando en forma grave los derechos y garantías constitucionales de quienes intervienen en la actuación judicial. En la Sentencia T-705 de 2002, la Corte precisó que la vía de hecho por consecuencia se configura siempre y cuando la decisión judicial “se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) que tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental”.

17 Sobre el acceso a la función pública, mediante un sistema “diseñado para que ingresen y

permanezcan en él aquellas personas que tengan suficientes calidades morales, académicas, intelectuales y laborales”, se puede consultar la sentencia C-954 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. En igual sentido las sentencias C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994 y C-040 de 1995.

18 Sobre la vinculación automática de los funcionarios y empleados a la Fiscalía General de la Nación, se puede consultar el artículo 65 del Decreto 2699 de 1991 y las sentencias C-370 de 2000 y C-714 de 2002.

19 Al respecto consultar, entre otras, la sentencia C-714 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, que declara exequible el inciso segundo del artículo 65 del Decreto 2699 de 1991 -“Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”-, el cual dispuso la incorporación automática a la entidad de los funcionarios relacionados en la norma, dado que la disposición no desconoció el mérito como requisito de acceso a la entidad.

20 Sentencia C-1546 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas. En esta decisión la Corte resolvió inhibirse para conocer de la totalidad del Decreto 261 de 2000 por ineptitud sustancial de la demanda, declarar exequibles el artículo 9º y el numeral 20 del artículo 17 de la misma normatividad, salvo las expresiones “crear, suprimir, fusionar y... número” “crear, suprimir, fusionar y” contenidas respectivamente en dicho artículo y numeral que se declararon inexequibles, estarse a lo resuelto en la sentencia C-1374 de 2000, que declaró inexequible el párrafo 1º del artículo 39 del Decreto 261 de 2000 y declarar exequibles los apartes impugnados del artículo 107 del Decreto 261 de 2000.

21 En relación con este tema, pueden consultarse, entre otras las sentencias C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. C-746 de 1999. Alfredo Beltrán Sierra. y C-370 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

22 Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

23 Sobre la facultad concedida por el artículo 5º transitorio al Presidente de la República para implementar el régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación se puede consultar la sentencia C-370 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, providencia que declaró exequibles los artículos 65 y 66 a 75 del Decreto 2699 de 1991 y dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-870A de 1999 que declaró inexequible el Decreto 1155 de 1999

–“por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, normatividad adoptada por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 120 numeral 7º de la Ley 489 de 1998, norma ésta declarada inexecutable, a partir de su promulgación, en los términos de la sentencia C-702 de 1999-.

24 El Decreto Extraordinario 2699 de 1991 fue derogado, en lo pertinente por el artículo 136 del Decreto ley 261 de 2000 –“por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones-”, proferido por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º numeral 3 de la Ley 573 de 2000, y los Decretos 2699 y 261 en mención fueron derogados expresamente por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004.

25 El artículo 130 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia dispone respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción en la Fiscalía General de la Nación: “Son de libre nombramiento y remoción los cargos de (..) Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, directores nacionales; 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. (..). Son de carrera los cargos (..) los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; (..) de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial. (..) Mientras subsistan el Tribunal Nacional y los juzgados regionales, son de libre nombramiento y remoción los magistrados y jueces a ellos vinculados, lo mismo que los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional y los fiscales regionales” –sentencia 053 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta oportunidad esta Corte se declaró inhibida de conocer sobre la inconstitucionalidad del artículo 66 del Decreto 2699 de 1991, tal como fuera modificado por la Ley 116 de 1994, porque el artículo 130 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia reguló íntegramente el tema y la disposición fue declarada executable en la sentencia C-037 de 1996.

26 Respecto de la executable de los artículos 68, 69, 70 y 71 del Decreto 2699 de 1991, la sentencia C-370 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

27 Sobre la competencia de la Comisión Nacional de Administración de Personal de la Fiscalía General de la Nación se pueden consultar las sentencias C-1546 de 2000 ya citada y C-517

de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta última decisión la Corte dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-1546 en cita que declaró exequibles las expresiones “el Director Nacional Administrativo y Financiero”, “según el procedimiento de elección que fije el Fiscal General de la Nación” contenidas en el inciso segundo del artículo 107, y exequibles, en lo acusado los artículos 107, 109, 111, 121 y 123 del Decreto 261 de 2000 –con salvamento parcial de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

28 La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia entró en vigor el 15 de marzo del mismo año, Diario Oficial 42.745.

29 Dispuso el artículo 78 del Decreto 2699 de 1991: “Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de ésta, y en el caso de vacancia definitiva hasta por el término que dure el concurso vencido el cual el empleo deberá ser provisto conforme a las normas de ingreso al servicio previstas en este Estatuto.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular si no lo estaba desempeñando simultáneamente”.

30 Respecto de la vigencia del Decreto 052 de 1987 y 1660 de 1978, consultar el artículo 21 transitorio de la Carta Política, y 193 del Decreto 2699 de 1991, además la sentencia C-308 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta decisión esta Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 30 parcial, 34 parcial, 38 y 41 parcial, del Decreto 052 de 1987, dada su derogatoria en razón de la expedición de la Ley 270 de 1996.

31 Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

32 El Decreto Ley 261 de 2000, publicado en el Diario Oficial 43.903 del mismo año dispone, respecto de la designación en provisionalidad: “La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, podrá

efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes” –derogado por la Ley 938 de 2004, Diario Oficial 45.778 de 31 de diciembre del mismo año, artículo 79-

33 El artículo 70 de la Ley 938 de 2004, dispone sobre los nombramientos en la Fiscalía General de la Nación: “La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo.

Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera”.

34 Tal es la jerarquía que la jurisprudencia, en aplicación de la Constitución ha dado a la carrera administrativa. Puede consultarse la sentencia C- 563 de 2000 MP. Fabio Morón Díaz, en la que se declara la exequibilidad de los artículos 2, 4 y 50 de la Ley 443 de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones, donde la Corte afirmó: “Ha distinguido esta Corporación entre principios y valores constitucionales, definiendo los primeros como ‘...aquellas prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata tanto para el legislador como para el juez constitucional. ...Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológica-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser.”

35 Corte Constitucional, Sentencia C-671-2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

36 En la sentencia C-517 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte señaló lo

siguiente: “La Corte mediante Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994 ha determinado que los regímenes especiales creados por la Constitución son: el de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); Fiscalía General de la Nación (artículo 253) Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1°); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°), y Procuraduría General de la Nación (artículo 279). Lista a la que hay que agregar la carrera de las universidades del Estado (artículo 69), de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-746 de 1999.” Como ejemplos de los regímenes especiales de origen legal, en esta misma sentencia se mencionan los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente.

37 Sentencia C-563 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz.

38 Sentencia C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sobre los parámetros que deben seguirse para determinar en la administración los cargos de libre nombramiento y remoción como una excepción debidamente justificada.

39 Sentencia C-631 de 1996.

40 Sentencia C-540 de 1998.

41 Sentencia C-195 de 1994, antes citada.

42 Sentencia C-1177 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis. En esta oportunidad la Corte i) declaró exequible el literal b) del numeral 2o. del artículo 5o. de la Ley 443 de 1998, en cuanto la norma señala que constituyen cargos de libre nombramiento y remoción aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza, que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo que estén al servicio directo e inmediato en la administración central del nivel territorial, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a los despachos del gobernador, alcalde distrital, municipal y local, por razón de los cargos analizados en esta providencia”; ii) declaró inexecutable el literal b) del numeral 2o. del artículo 5o. de la Ley 443 de 1998, “en cuanto a la regla de derecho que establece que constituyen cargos de libre nombramiento y remoción aquellos empleos de cualquier nivel

jerárquico cuyo ejercicio implica confianza, que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato, en los órganos de control del nivel territorial, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos al despacho del contralor y del personero”; y iii) se declaró “inhibida para pronunciarse en relación con los cuestionamientos efectuados al inciso primero del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, y a la expresión “incorporación” contenida en distintos apartes de ese mismo artículo, por ineptitud sustantiva de la demanda”.

43 Sentencia C-733 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta oportunidad la Corte declaró inexecutable el artículo 56 de la Ley 909 de 2004, como quiera que “(..) todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran”.

44 Es por eso que el ex Consejero de Estado Diego Younes – en su libro “Derecho administrativo laboral. Función pública”, Editorial Temis, Bogotá, 1993, 5ª. Edición – afirma en relación con la decisión contenida en la ley 27 de 1992 de mantener la existencia de los nombramientos provisionales que “[l]o ideal hubiera sido la eliminación de la provisionalidad, pues este ha sido el mecanismo para eludir el concurso como instrumento previo y esencial para la provisión de los puestos públicos.” (p. 225).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

46 Mediante sentencia C-368 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., esta Corte, entre otras decisiones, declaró exequibles los apartes “cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo”, “La persona seleccionada por concurso abierto será nombrada en período de prueba, por un término de cuatro (4) meses, al cabo del cual le será evaluado su desempeño laboral.” y “Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel jerárquico, el nombramiento se hará en período de prueba” contenidas en el primer inciso del artículo 10 y en el artículo 23 de la Ley 443 de 1998, dado que las disposiciones realzan el carácter esencialmente temporal de las designaciones en provisionalidad –con salvamento parcial de voto del Magistrado Ponente

respecto de la posición mayoritaria de declarar exequible “la determinación del legislador de clasificar como cargos de libre nombramiento y remoción a los empleos del servicio administrativo en el exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, siempre y cuando esos empleos sean provistos con personas que no posean la ciudadanía colombiana”.

47 Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

48 Sentencia C-1381 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Mediante la sentencia en mención esta Corte, entre otras decisiones, declaró inexecutable la expresión “de un cargo de carrera por nombramiento en provisionalidad o”, contenida en el inciso 1 del art. 129 del decreto 261/2000 y executable el aparte del mismo artículo que dice “Así mismo, quedará excluido del régimen de carrera el servidor que tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción”. En esta oportunidad la Corte declaró executable, por los cargos formulados, el nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva en un cargo público de carrera, como quiera que la previsión “no atenta contra la integridad y la regularidad del concurso público de méritos y, por el contrario, permite su realización y por tanto el logro de sus fines y protege el derecho de todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores”- artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto ley 262 de 2000-.

49 En decisión reciente, -Sentencia C-1189 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, demanda de inconstitucionalidad contra el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2005, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.- que permite el retiro del servicio por declaratoria de vacancia del empleo, en caso de abandono del mismo-, esta Corte declaró executable la norma, en el entendido de que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

50 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Mediante sentencia SU-250 de 1998 la Sala Plena de esta Corporación dispuso que el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho explicarían “las causas y hechos concretos” que dieron lugar al retiro de una servidora que ocupa el cargo de Notaria en interinidad, acto éste “que, si lo estima pertinente la doctora (..), quedará sujeto a las respectivos acciones contencioso-

administrativas”. Fundamentó la Sala su decisión en la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso “porque no se expresaron los motivos reales de la desvinculación impidiéndose así la formulación de recursos contra el acto administrativo”-salvamento de voto de los Magistrados Fabio Morón Díaz y Susana Montes de Echeverri -conjuez-, manifestaron los Magistrados disidentes, entre otras razones que “[e]l hecho o circunstancia de que el Congreso Nacional no haya expedido, con posterioridad a la Constitución de 1991, una ley especial que reglamente los concursos a que deben someterse los aspirantes a ingresar a la carrera del Notariado, no puede significar ni traducirse en un derecho de estabilidad en el empleo para quienes ingresen o hayan ingresado en calidad de interinos (..)”.

51 En la sentencia a que se hace mención la Sala Plena de esta corporación encontró i) en la legislación sobre la necesidad de que las entidades públicas adecuen los “fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, tanto en el Código Contencioso Administrativo -artículo 36-; ii) en la “doctrina colombiana mediante concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado”-octubre 22 de 1975 y iii) en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 -“deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida-”, antecedentes claros relativos a la motivación de los actos administrativos sobre desvinculación de personal..

52 T-297/94, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL

53 En igual sentido, en relación con la expedición de actos administrativos sin motivación, con el propósito de desvincular del empleo a personas designadas en provisionalidad en cargos de carrera administrativa se pueden consultar las sentencias i) T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Sala Novena de Revisión confirmó la sentencia que concedió un amparo provisional a una mujer cabeza de familia, designada en un cargo de carrera administrativa en forma provisional y desvinculada del cargo “sin una justa causa que obligue a su retiro”; ii) T-752 M.P. Clara Inés Vargas Hernández la Sala Novena de Revisión ordenó al Director General del Club Militar de Oficiales “que, en el término de 48 horas, si no lo hubiere hecho, deje sin efectos la Resolución (..) y proceda a reintegrar a (..) al cargo que venía ocupando o a uno de mejor categoría”, hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva la acción instaurada por la actora, “como quiera que “los nombramientos provisionales son generalmente para suplir un cargo de carrera y ellos

pueden prolongarse hasta que se convoque al respectivo concurso, sin perjuicio de que la persona vinculada al cargo de esta forma pueda ser desvinculada por razones disciplinarias o calificación no satisfactoria”; iii) T-597 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Tercera de Revisión revocó la sentencia de instancia y en su lugar dispuso que la Directora General de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca “si no lo hubiere hecho proceda a motivar el acto mediante el cual decidió declarar la insubsistencia del nombramiento de la accionante (..) hasta que la jurisdicción de contencioso administrativa decida (..)”, habida cuenta que “en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos” ; iv) T-951 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Sala Sexta de Revisión ordenó a la Gobernación de Risaralda proceder 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 Gobernación de Risaralda incumpliere con la obligación de señalar las razones –ajustadas a derecho- del la desvinculación, la misma deberá reintegrar a la peticionaria a un cargo equivalente al que venía ocupando”, debido a que “la falta de motivación del acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento (..) es vulneratorio de su derecho al debido proceso y de su derecho de defensa, al tiempo que afecta directamente su mínimo vital y, por contera, el derecho a la salud de su hija (..)”; v) T-1240 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Sala Quinta de Revisión, siguiendo la jurisprudencia constitucional en la materia, según la cual “la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera sólo puede producirse, o porque el cargo va a ser ocupado por persona designada mediante concurso de méritos o porque existe una razón que lo justifique desde la perspectiva del servicio”, y dado que la actora fue desvinculada del cargo que ocupaba en provisionalidad mediante declaración de insubsistencia sin motivación, esta Corte ordenó a la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas, que “(..) 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, Si la entidad demandada no tuviere motivos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable para la declaratoria de insubsistencia y por consiguiente no expide el mencionado acto administrativo deberá reintegrar a la peticionaria a un cargo equivalente o de mejor categoría al que venía ocupando cuando fue desvinculada”; vi) T-054 de 2005 M.P. Jaime

Córdoba Triviño, la Sala Cuarta de Revisión, en consideración a que la actora fue desvinculada del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, mediante acto motivado en el reintegro de la titular, confirmó las sentencias de instancia que negaron la protección invocada por una madre cabeza de familia, como quiera que la ESAP no podía, “so pretexto de otorgarle la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, mantenerla en un cargo para el cual no había concursado y del cual era titular otra persona que se encontraba en carrera administrativa y que ya había sido reasumido por aquélla por disposición del nominador”; vii) T-374 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis, la Sala Octava de Revisión, “en armonía con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación a que se hizo referencia en el aparte precedente de esta sentencia, esta Sala considera, que en el presente caso la tutela debe ser concedida pues la falta de motivación del acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora vulnera claramente su derecho al debido proceso y al derecho de defensa”. Se pueden consultar sobre el tema, además, sentencias T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-454 de 2005 M.P. José Manuel Cepeda Espinosa, entre otras.

54 Al respecto el siguiente aparte de la sentencia T-131 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño: “(..)cuando lo pretendido es lograr que por vía de tutela se reintegre a un trabajador a su cargo, esta Corporación ha sido igualmente muy clara en señalar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida ante la jurisdicción contencioso administrativa, es la vía judicial por naturaleza para resolver esta petición. Sin embargo, sólo en el evento en que los derechos fundamentales afectados con dicha desvinculación se encuentren expuestos a un perjuicio irremediable, será la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para protegerlos de manera transitoria. Pero, recordemos que para considerar que existe un perjuicio irremediable, deberán coincidir elementos como la inminencia, la impostergabilidad y la gravedad del peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales, y por ello estos requieren de un remedio urgente y eficaz que garantice la protección de los mismos”. En igual sentido la sentencia T-1011 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett,. En esta oportunidad la Sala Séptima de Revisión negó por improcedente la acción de tutela impetrada contra una Resolución de insubsistencia dictada por el Fiscal General de la Nación, sin perjuicio de la falta de motivación del acto, como quiera que “además de contar con otro mecanismo de defensa judicial, no se vislumbra la posibilidad de que el actor esté avocado a sufrir un perjuicio irremediable”.

55 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

56 Copia de la Resolución es visible a folio 105 del cuaderno de primera instancia.

57 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.

58 nota 41

59 Corte Constitucional, Cfr. T-340/01, T-746 de 2002, T-610 de 2003, T-597/04 y T-951/04.

60 Sentencia T-123/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis

61 Sentencia T-031 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, refiere la decisión, entre otros hechos, que el actor se vinculó a la Fiscalía General de la Nación “desde el 21 de enero de 1996 como escolta mediante Resolución No. 0-2821 de diciembre 6 de 1995 (..)” y mediante Resolución del 21 de octubre de 2003 su designación fue declarada insubsistente (..), señalando además a partir de cuándo dicha resolución tiene vigencia. La brevedad del acto hace más evidente la ausencia de una motivación para su expedición”.

62 Sentencia T-161 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta providencia la Corte resolvió “DEJAR SIN EFECTOS la Resolución STGR 03839 del 26 de abril de 2004 mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Carlos Iván Mejía Abello en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcóticos y de Interdicción Marítima 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”.

63 Mediante sentencia T-392 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra la Corte ordenó a la Fiscalía General de la Nación “DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No.02091 del 18 de mayo de 2004, por medio de la cual se desvinculó (..) del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito que desempeñaba en calidad de provisionalidad”.

64 Sentencia T-267 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Reseña la sentencia en cita que mediante “Resolución No.1387 del 26 de junio de 1996, la señora (..) fue vinculada en

provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla; vinculación que se mantuvo hasta el 1° de julio de 2004, cuando se le notificó la Resolución No. 2539 del 10 de junio de 2004 por la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento. Agrega la decisión que según refiere la actora “su desvinculación se produjo cuando se encontraba en una incapacidad de 10 días como consecuencia de un accidente laboral que sufrió en el año 2000, el cual, además, la colocó en una situación de debilidad manifiesta puesto que le produjo traumatismos en la columna vertebral que le representan limitaciones para su locomoción. Además, alega que es madre cabeza de familia porque se encuentra separada y su hijo (..), depende (sic) económicamente de ella cuando se le notificó la Resolución No. 2539 del 10 de junio de 2004 por la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento”.

65 Idem

66 Sentencia SU-250 de 1998 -nota 41-.

67“La Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc..) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño (..) Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño” -sentencia T-343 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil-.

68 Al respecto consultar entre otras las sentencias C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-047 de 1999 M(s) P(s) Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero y C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

69 Respecto de la derogatoria del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, que preveía la posibilidad de recurrir en súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones de la Corporación, por violación directa de normas sustanciales, consultar la Ley 954 de 2005.

70 Ver entre otras las sentencias SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-884/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1216/04 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-031/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-161/05 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-267/05 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-392/05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-123/05 M.P. Alvaro tafur Galvis.

71 Sentencia C-1189 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, demanda de inconstitucionalidad contra el literal i) de la Ley 909 de 2005, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

72 Sentencia SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

73 Ibidem.

74 Ibidem.

75 Ibidem.

76 Sentencia T-884 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.