

Referencia: expedientes T-2073981 y T-2074588

Peticionarios: Aldineberth Alzate Sánchez y Diego Fernando Saldarriaga Lozano.

Magistrada Ponente (e):

Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, ha proferido esta

## SENTENCIA

en la revisión de los fallos adoptados por los jueces de tutela en los expedientes T-2073981 de Aldineberth Alzate Sánchez y T-2074588 de Diego Fernando Saldarriaga Lozano contra el municipio de Tulúa, representado por el Alcalde Rafael Eduardo Palau Salazar.

Los expedientes fueron acumulados por la Sala de Selección Número 12, en auto del 12 de diciembre de 2008.

### I. ANTECEDENTES

La Sala procede a resumir los hechos de los expedientes acumulados, con sus respectivas decisiones judiciales.

#### 1.1. Expediente T-2073981

##### 1.1.1. Hechos

1.1.1.1. El señor Aldineberth Alzate Sánchez, se vinculó el 17 de diciembre de 2007 al municipio de Tulúa, para ocupar provisionalmente el cargo de celador, adscrito a la institución educativa Gimnasio del Pacífico, cargo de carrera que estaba vacante definitivamente.

1.1.1.2. El nombramiento provisional fue autorizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.1.1.3. El 27 de mayo de 2008, la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía, le informó al accionante que su nombramiento vencía el 16 de junio de 2008, por cuanto había sido autorizado sólo por seis meses.

1.1.1.4. El cargo que ocupaba el señor Aldineberth Alzate Sánchez se encontraba en concurso y para la fecha en que éste fue desvinculado, el proceso de selección no había concluido.

1.1.1.5. Mediante Decreto No. 0246 del 9 de junio de 2008, el Alcalde Municipal de Tulúa dio por terminado el nombramiento provisional del actor y en consecuencia lo declaró insubsistente, argumentando que la administración no solicitó la prórroga de la provisionalidad, requisito necesario para que éste continuara ocupando el cargo que venía desempeñando.

Igualmente, argumentó que se estaba organizando la planta y corrigiendo las irregularidades que ella presentaba.

## 1.1.2. Solicitud

1.1.2.1. En aplicación de la jurisprudencia constitucional, el actor solicita que, como mecanismo transitorio, se protejan sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, dado que considera que el acto por medio del cual la administración municipal lo desvinculó contiene una falsa motivación y es una clara manifestación de desvío de poder.

1.1.2.2. Para el efecto, solicita se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando, así como la cancelación de los dineros dejados de percibir desde la desvinculación. Igualmente, ordenar a la administración municipal que solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el concepto para la prórroga de su nombramiento y mantener la vinculación hasta tanto el cargo no sea provisto mediante la selección por mérito.

## 1.1.3. Contestación de la demanda

En memorial del 3 de julio de 2008, el Alcalde Municipal de Tulúa junto con el Jefe de la Oficina Jurídica, dieron contestación a la acción de tutela argumentando en términos generales que:

1.1.3.1. El acto de desvinculación fue motivado como lo exige la jurisprudencia constitucional. Motivación que no fue otra que el vencimiento de los seis meses para los cuales fue nombrado el actor. La misma decisión fue adoptada con un sinnúmero de funcionarios de la administración municipal que estaban en provisionalidad por el mismo término.

1.1.3.2. La administración no estaba obligada a solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la prórroga de la provisionalidad del actor. La prórroga es una alternativa y no una obligación.

1.1.3.3. No está demostrado un perjuicio irremediable, por cuanto no se acreditó que la decisión de la administración afecte el mínimo vital del accionante, en consecuencia, el actor puede acudir a las vías judiciales ordinarias para obtener la protección de sus derechos.

1.1.3.4 Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera que los funcionarios nombrados en provisionalidad no gozan de un fuero de estabilidad.

1.1.3.5. La posibilidad de interponer el recurso contra el acto administrativo de desvinculación es una forma de preservar y respetar el derecho al debido proceso.

1.1.3.6. Distintos jueces de tutela en Tulúa han negado la protección que solicita el accionante, en consecuencia, no se puede alegar un desconocimiento del derecho a la igualdad.

En providencia del 10 de julio de 2008, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Tulúa, denegó por improcedente el amparo solicitado por el señor Aldineberth Alzate Sánchez por las siguientes razones:

1.1.4.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional exige la motivación del acto por medio del cual se desvincula a quien ha sido nombrado provisionalmente.

1.1.4.2. El acto de desvinculación del señor Aldineberth Alzate Sánchez fue debidamente motivado, al señalar que el término de su nombramiento había vencido y que la administración no había solicitado la prórroga. El actor sabía que su nombramiento sólo lo fue por el tiempo señalado en el acto de vinculación.

1.1.4.3. Existen otros medios judiciales a los que puede acudir el actor para obtener el resarcimiento de sus derechos, sin que se evidencie un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela.

#### 1.1.5. Impugnación

El señor Aldineberth Alzate Sánchez impugnó la anterior decisión, señalando que:

1.1.5.1. La razón de ser de la acción, es el hecho de la ausencia de una motivación clara, precisa y detallada del acto por medio del cual fue desvinculado.

1.1.5.2. La Administración estaba en la obligación de solicitar la prórroga del nombramiento a la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto el proceso de selección para proveer el cargo de forma definitiva no había terminado.

1.1.5.3. El juez de tutela desconoció el precedente constitucional en materia de motivación del acto de desvinculación, para el efecto, cita un sinnúmero de fallos de la Corte Constitucional sobre la materia.

#### 1.1.6. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tulúa, en providencia del 22 de agosto de 2008, confirmó la decisión de denegar la acción de tutela impetrada por el señor Aldineberth Alzate Sánchez, al considerar que:

1.1.6.1. El actor no ejerció el recurso de reposición contra la decisión que lo desvinculó del cargo por vencimiento del término del nombramiento. En consecuencia, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo para subsanar la omisión en la interposición de los recursos ordinarios.

1.1.6.2. El acto administrativo por medio del cual se desvinculó al señor Aldineberth Alzate

Sánchez está ajustado a la normativa y como tal, corresponde a la justicia contenciosa analizarlo.

## 1.2. Expediente T-2074588

### 1.2.1. Hechos

1.2.1.1. El señor Diego Fernando Saldarriaga Lozano, se vinculó el 30 de enero de 2001 al municipio de Tulúa en el cargo de conductor, adscrito al despacho del alcalde, cargo que era de libre nombramiento y remoción.

1.2.1.2. El mencionado cargo lo ocupó hasta el 27 de noviembre de 2007, cuando renunció para ocupar provisionalmente el cargo celador, cargo de carrera que estaba vacante definitivamente.

1.2.1.3. El nombramiento provisional fue autorizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.2.1.4. El 12 de mayo de 2008, la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía, le informó al accionante que su nombramiento vencía el 27 de mayo de 2008, por cuanto había sido autorizado sólo por seis meses.

1.2.1.5. El cargo que ocupaba el señor Saldarriaga Lozano se encontraba en concurso y para la fecha en que éste fue desvinculado, el proceso de selección no había concluido.

1.2.1.6. Mediante Decreto No. 0223 del 16 de mayo de 2008, el Alcalde Municipal de Tulúa dio por terminado el nombramiento provisional del actor y en consecuencia lo declaró insubsistente, argumentando que la administración no solicitó la prórroga de la provisionalidad, requisito necesario para que éste continuara ocupando dicho cargo.

Igualmente, argumentó que se estaba organizando la planta y corrigiendo las irregularidades que ella presentaba.

### 1.2.2. Solicitud

1.2.2.1. En aplicación de la jurisprudencia constitucional, el actor solicita que, como

mecanismo transitorio, se protejan sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, dado que considera que el acto por medio del cual la administración municipal lo desvinculó contiene una falsa motivación y es una clara manifestación de desvío de poder.

1.2.2.2. Para el efecto, solicita se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando, así como la cancelación de los dineros dejados de percibir desde la desvinculación. Igualmente, ordenar a la administración municipal que solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el concepto para la prórroga de su nombramiento y mantener la vinculación hasta tanto el cargo no sea provisto mediante la selección por mérito.

### 1.2.3. Contestación de la demanda

En memorial del 19 de junio de 2008, el Alcalde Municipal de Tulúa junto con el Jefe de la Oficina Jurídica, dieron contestación a la acción de tutela argumentando en términos generales que:

1.2.3.1. El acto de desvinculación fue motivado como lo exige la jurisprudencia constitucional. Motivación que no fue otra que el vencimiento de los seis meses para los cuales fue nombrado el actor.

1.2.3.2. La administración no estaba obligada a solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la prórroga de la provisionalidad del actor. La prórroga es una alternativa y no una obligación.

1.2.3.3. No está demostrado un perjuicio irremediable, por cuanto no se acreditó que la decisión de la administración afecte el mínimo vital del accionante, en consecuencia, el actor puede acudir a las vías judiciales ordinarias para obtener la protección de sus derechos.

1.2.3.4 Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera que los funcionarios nombrados en provisionalidad no gozan de un fuero de estabilidad.

1.2.3.5. La posibilidad de interponer el recurso contra el acto administrativo de desvinculación es una forma de preservar y respetar el derecho al debido proceso.

1.2.3.6. Distintos jueces de tutela en Tulúa han negado la protección que solicita el accionante, en consecuencia, no se puede alegar un desconocimiento del derecho a la igualdad.

#### 1.2.4. Sentencia de primera instancia

En providencia del 2 de julio de 2008, el Juzgado Primero Penal Municipal de Depuración con funciones de descongestión y de pequeñas causas de Tulúa, denegó por improcedente el amparo solicitado por el señor Diego Fernando Saldarriaga por las siguientes razones:

1.2.4.1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que las personas que ocupan cargos de carrera de forma provisional no adquieren los derechos de un funcionario de carrera. En consecuencia, como el nombramiento del actor lo fue en forma discrecional, la remoción puede ser de la misma forma.

1.2.4.2. El acto de nombramiento del señor Diego Fernando Saldarriaga Lozano no condicionó su nombramiento a la provisión del mismo mediante el sistema de carrera. Por tanto, el actor no puede solicitar ocupar el cargo hasta que ello suceda.

1.2.4.3. El acto de desvinculación del actor no requería motivación ni trámite administrativo alguno, tal como tiene establecido el Consejo de Estado. En consecuencia, el acto por medio del cual se desvinculó al señor Saldarriaga Lozano no requería la motivación que éste echa de menos.

1.2.4.5. No existe un perjuicio irremediable por cuanto el actor sabía desde un principio que su nombramiento era provisional y por seis meses. En consecuencia, no puede argüir que no sabía sobre la perentoriedad de su vinculación o que su desvinculación fue producto de una persecución política.

#### 1.2.5. Impugnación

El señor Diego Fernando Saldarriaga Lozano impugnó la anterior decisión, señalando que:

1.2.5.1. La razón de ser de la acción, es el hecho de la ausencia de una motivación clara,

precisa y detallada del acto por medio del cual fue desvinculado.

1.2.5.2. La Administración estaba en la obligación de solicitar la prórroga del nombramiento a la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto el proceso de selección para proveer el cargo de forma definitiva no había terminado.

1.2.5.3. El juez de tutela desconoció el precedente constitucional en materia de motivación del acto de desvinculación, para el efecto, cita un sinnúmero de fallos de la Corte Constitucional sobre la materia.

1.2.6. Sentencia de segunda instancia

1.2.6.1. Existen otros medios de defensa judicial a los que el actor puede acudir para determinar la legalidad del acto de desvinculación, señalando que no existe perjuicio irremediable que haga procedente el amparo solicitado.

1.2.6.2. El acto administrativo por medio del cual se desvinculó al señor Saldarriaga Lozano estaba debidamente motivado. No otra cosa puede entenderse del vencimiento del término para el cual fue nombrado el actor, esto es, seis meses. La administración se atuvo al término que le señaló la Comisión Nacional del Servicio Civil.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en los procesos de la referencia.

### 2.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la administración municipal de Tulúa desconoció la jurisprudencia constitucional según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado.

2.3. La motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona que ocupa

un cargo de carrera en provisionalidad es obligatoria.

2.3.1. Para resolver el problema jurídico que plantean los fallos objeto de revisión, es necesario señalar que la Corte Constitucional ha mantenido invariable su jurisprudencia desde el año 1998, según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado.

En efecto, desde la sentencia SU-250 de 1998, la Corte señaló que la administración está en la obligación de motivar el acto por medio del cual se decide desvincular a quien ocupa en provisionalidad un cargo de carrera. La motivación, señaló en esa oportunidad la Corte, es necesaria para hacer compatibles los principios de la función administrativa con la definición del Estado colombiano como Social de Derecho, entendiendo que la discrecionalidad de la administración en estos casos está sujeta a plasmar las razones de la desvinculación en el acto correspondiente. De esa forma, tanto el administrado como el juez llamado a hacer el control jurídico de éste, podrán evaluar los motivos que le dieron origen y de esa forma materializar el sometimiento al derecho por parte del nominador que decide desvincular a un provisional.

La motivación, es ese orden, la ha entendido la Corte como una garantía de derechos fundamentales como el del debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia.

2.3.2. Esta postura invariable de la Corte Constitucional la ha llevado a revocar un sinnúmero de fallos adoptados por diversos jueces de tutela que, en ejercicio de su función constitucional, han señalado que la administración no está obligada a motivar el acto mediante el cual se desvincula a un provisional que está en ejercicio de un cargo de carrera. Para estos jueces, su juicio encuentra respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado que, como ente supremo de la jurisdicción administrativa y llamado a examinar por vía ordinaria el acto de desvinculación de estos provisionales, ha sostenido en forma permanente e invariable que estos actos no deben ser motivados.

En consecuencia, existen dos interpretaciones frente a un mismo problema jurídico. Mientras el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señala que esta clase de actos debe motivarse, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa señala que no

lo debe ser.

2.3.3. En sentencia T-884 de 2002, la Sala Novena de Revisión de tutelas evidenció esta divergencia de posturas, pero señaló que no eran incompatibles. Expresamente se dijo “mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable.”

En consecuencia, mantuvo la tesis según la cual en sede de tutela corresponde a los jueces conceder el amparo cuando el nominador no motive el acto de desvinculación de una persona que esté ocupando un cargo de carrera de forma provisional.

2.3.4. En sentencia T-254 de 2006, la Sala Sexta de Revisión retoma la distinción que hizo la providencia T-884 de 2002, para señalar que “la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental”.

En ese orden, para la Corte Constitucional la falta de motivación del acto de desvinculación de una persona que ocupa un cargo de carrera desconoce derechos fundamentales que corresponde proteger al juez de tutela.

2.3.5. El Consejo de Estado, en sentencia del siete (7) de febrero de 2008, dentro de un proceso de nulidad y reestablecimiento del derecho, analizó la jurisprudencia reiterada de la Corte en esta materia, para señalar que esta Corporación se equivoca cuando señala que el análisis que ese ente hace parte de un análisis de legalidad y no de constitucionalidad (sentencias T-884 de 2002 y T-254 de 2006).

Para el Consejo de Estado, la desvinculación sin motivación tiene sustento en el

artículo 125, inciso 2 de la Constitución, norma que señala cómo debe producirse la desvinculación de los funcionarios de carrera. En ese orden, una persona que ha sido vinculada a la administración no por mérito sino en razón de la discrecionalidad del nominador, no adquiere el derecho a que el acto correspondiente se motive, por cuanto prima la discrecionalidad. Según ese alto tribunal “conferirle a los designados en provisionalidad el derecho a que su acto de desvinculación se motive, los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de la entidad”.

Igualmente, consideran que no existe vulneración del debido proceso, por cuanto la falta de motivación del acto de desvinculación no impide acudir a la jurisdicción contenciosa “pues la tesis de los nombrados en provisionalidad acepta que las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad, por lo que los nombrados en provisionalidad también pueden impugnar judicialmente las decisiones de desvinculación a efectos de determinar si en su caso se respetó el debido proceso”.

Se indica, igualmente, que se equivoca la Corte cuando señala que esta clase de nombramientos responde a criterios técnicos, dado que ello sólo se logra cuando se agota un sistema de méritos. Sobre el particular se señala que “la única motivación que justifica el nombramiento en provisionalidad es la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, circunstancia que no puede generar derecho alguno de permanencia a favor del nombrado en provisionalidad, como lo pretende la Corte.”

Por tanto, concluye el Consejo de Estado que “el nombrado en provisionalidad no puede reclamar ningún fuero de estabilidad porque no accedió mediante mérito al cargo que ocupa, no queda expósito frente al abuso de poder de la administración y al quebrantamiento de sus derechos como trabajador, particularmente si la administración incurre en alguna de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A”.

En ese orden, para el Consejo de Estado no existe ninguna justificación constitucional para que las entidades deban motivar el acto por medio del cual se desvincula a un provisional que ocupa un cargo de carrera.

2.3.6. La divergencia de posiciones entre el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y la administrativa debe ser resuelta, por cuanto está generando una diferencia de trato, según los administradores de justicia acojan una u otra interpretación, diferencia que afecta entre otros derechos fundamentales, el de igualdad, por cuanto los ciudadanos no pueden, según el juez que conozca su caso, recibir un trato diverso. Así mismo, esa diferencia sobre la motivación del acto, desconoce no sólo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.

La diferencia de interpretación entre los distintos tribunales, genera incertidumbre sobre la materialización y protección de los derechos de los asociados, en este caso de derechos fundamentales, por tanto debe resolverse, so pena de que el Estado resulte incumpliendo las obligaciones que ha contraído a nivel internacional y como tal resulte responsable por la violación del derecho a la protección judicial de que trata el artículo 25 de la mencionada Convención.

2.3.7. En este orden, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la doctrina constitucional que desde hace más de 11 años viene defendiendo la jurisdicción constitucional, según la cual la discrecionalidad de la administración no es arbitrariedad, razón por la que la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas vinculadas a cargos de carrera en provisionalidad es obligatoria en defensa derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

Para la Corte es claro que la obligación de motivación no surge del inciso 2 del artículo 125 de la Constitución, como lo entiende el Consejo de Estado en la providencia que se resumió en el numeral anterior, dado que tal norma fue concebida por el Constituyente para los funcionarios de carrera. No. La motivación de esa clase de actos surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición misma del Estado como un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, en ese orden, ha entendido la Corte que la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el

nominador puede desvincular a un provisional, pero explicando las razones de su decisión.

2.3.8. En otros términos, la Corte ha sido clara en señalar que todo acto administrativo debe ser motivado así sea sumariamente, a excepción de aquellos que expresamente y por disposición legal están exceptuados de esta regla, actos entre los cuales no se encuentra la desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera (sentencia C-371 de 1999, SU-250 de 1998 y T-308 de 2008, entre otras).

El deber de motivación surge, entonces, de la sujeción de los órganos constituidos al derecho, motivación que no se supe con la posibilidad del ciudadano de acudir al contencioso para determinar la viabilidad de la desvinculación.

La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado.

La falta de motivación le resta al administrado la posibilidad de contradicción (sentencia T-308 de 2008). En consecuencia, no es leal para con el administrado que sólo conozca las razones de su desvinculación cuando demanda el acto ante la jurisdicción correspondiente. La motivación, en ese orden, permite erradicar, en principio, cualquier rasgo de arbitrariedad en la decisión, al tiempo que delimitará la controversia que se suscite entre la administración y el administrado.

En consecuencia, si bien le asiste la razón al Consejo de Estado cuando señala que el nombramiento en provisionalidad no convierte al funcionario en uno de carrera y que su nombramiento no tiene un sustento técnico; no la tiene cuando considera que la falta

de motivación del acto de desvinculación no desconoce los principios y derechos que integran la Constitución, pues esa Corporación para llegar a tal conclusión deja de lado el análisis sistemático e integral que exige el texto constitucional.

Esta Corporación no desconoce el hecho cierto que, en estos casos, el nominador hace el respectivo nombramiento bajo el entendido que la persona designada podrá desempeñar en forma adecuada la función asignada, nombramiento que sólo atiende al cumplimiento de los requisitos mínimos que se exigen para el desempeño de la función, por cuanto no se agota un sistema de selección objetiva, es decir, hace uso de su discrecionalidad para efectuar la designación respectiva. Sin embargo, el ejercicio de esa discrecionalidad no le confiere la facultad de ejercer su potestad de desvinculación sin que justifique o aduzca una razón para tal decisión. Esta motivación, es la que permite erradicar la arbitrariedad en el ejercicio de dicha atribución. A tiempo que le permitirá al servidor, conocer las razones de la decisión de la administración.

El que se pueda demandar el acto de desvinculación no impide exigir la motivación del acto, por cuanto lo que está en juego en estos casos, son principios caros al Estado de Derecho, con una alta repercusión e incidencia directa en los derechos fundamentales de los administrados.

2.3.9. Por tanto, la tesis del Consejo de Estado no puede ser acogida y como tal, corresponde a los jueces, sin importar la jurisdicción que estén ejerciendo, acatar la doctrina de la Corte Constitucional en el sentido de que los actos administrativos de desvinculación de un provisional que ejerce un cargo de carrera debe ser motivado.

En consecuencia, como la Corte Constitucional por disposición de la misma Constitución es la intérprete autorizada de sus normas (sentencias C-086 de 1995 y SU 640 de 1998, entre otras), y en ejercicio de esta función ha señalado en los últimos 11 años que la administración está obligada a motivar los actos de desvinculación de las personas que han accedido a la administración en forma provisional para ocupar un cargo de carrera, conclusión a la que arribó a partir de un análisis sistemático de la Constitución, hace que su interpretación sea la que deba prevalecer, tanto para la administración como para los jueces.

El efecto del desconocimiento de la doctrina de la Corte no puede ser otro que la revocatoria de las decisiones que la contraríen, por cuanto como se señaló en la sentencia SU-640 de 1998, el dejar sin efecto esas providencias se convierte en “...el instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución”.

2.3.10. A más de dejar sin efecto las decisiones que resultan contrarias a la doctrina de la Corte, es necesario revisar qué orden debe dar el juez de tutela para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios provisionales que han sido desvinculados sin una motivación. Esta orden ha sufrido algunas variaciones a lo largo de esta década. Veamos:

2.3.10.1. Entre los años 1998 a 2003, se dio la orden de reintegrar a las personas desvinculadas, especialmente, porque se encontró que eran personas objeto de una especial protección. Es el caso de las madres cabeza de familia.

2.3.10.2. Entre los años 2003 a 2005, cuando no se evidenciaba un perjuicio irremediable, se dejaba sin efecto el acto de desvinculación y se conminaba a la entidad a expedir un acto motivado.

1. No obstante lo anterior, desde el año 2004 se empezó a ordenar a la entidad correspondiente motivar el acto de desvinculación; en caso de no existir motivación, se entendía que procedía el reintegro del funcionario.

2.3.10.4. Entre los años 2007 y 2008, la orden ha sido el reintegro del funcionario hasta tanto no exista un acto motivado para la desvinculación, motivación que por demás no puede consistir en el carácter provisional del funcionario.

De esta manera, la Corte ha intentado hacer compatibles los derechos fundamentales y los principios que inspiran el modelo de Estado Social de Derecho que impuso el Constituyente de 1991. A más que no somete al ciudadano a acudir a la jurisdicción contenciosa, por cuanto ésta insiste en su posición, según la cual no se requiere motivación del acto de desvinculación. En ese sentido, la orden de motivación so pena del reintegro deja a salvo

la competencia de la mencionada jurisdicción para que decida si procede o no la nulidad del acto.

### 3. Análisis de los casos concretos

#### 3.1. Expediente T-2073981

3.1.1. En comunicación del 27 de mayo de 2008, dirigida al señor ALDENIBERTH ALZATE S, la profesional universitaria, Elsa María García García de la Alcaldía Municipal de Tulúa, le informó que su vinculación provisional como celador, terminaba el 16 de junio de 2008.

3.1.2. En junio 11 de 2008, el actor solicitó a la Alcaldía de Tulúa la prórroga de su nombramiento, por cuanto el concurso para ocupar el cargo que él venía desempeñando no había concluido, hecho que le dada la posibilidad de mantenerse en el cargo si la Comisión de Servicio Civil lo autorizaba.

3.1.3. Por Decreto No. 0246 de junio 09 de 2008, suscrito por el Alcalde Municipal de Tulúa, el Jefe de la Oficina Jurídica y la Secretaria de Educación, deciden dar por terminado el nombramiento del señor ALDENIBERTH ALZATE SANCHEZ. Decreto que señala expresamente en su numeral 2 que regirá a partir del 1 de mayo de 2008 y aparece suscrito el 30 de abril de 2008 (folios 29 a 32 del cuaderno principal).

#### 3.2 Expediente T-2074588

3.2.1. En comunicación del 12 de mayo de 2008, dirigida al señor DIEGO FRNANDO SALDARRIAGA, la profesional universitaria, Elsa María García García de la Alcaldía Municipal de Tulúa, le informó que su vinculación provisional como celador, terminaba el 27 de mayo de 2008.

3.2.2. En mayo 19 de 2008, el actor solicitó a la Alcaldía de Tulúa la prórroga de su nombramiento, teniendo en cuenta que el concurso para ocupar el cargo que él venía desempeñando no había concluido, hecho que le dada la posibilidad de mantenerse en el cargo si la Comisión de Servicio Civil lo autorizaba.

3.2.3. Por Decreto No. 0223 de mayo 16 de 2008, suscrito por el Alcalde Municipal de Tulúa, el Jefe de la Oficina Jurídica y la Secretaria de Educación, deciden dar por

terminado el nombramiento del señor DIEGO FERNANDO SALDARRIAGA LOZANO. Decreto que señala expresamente en su numeral 2 que regirá a partir del 28 de mayo de 2008 y aparece suscrito el 16 de abril de 2008 (folios 29 a 32 del cuaderno principal).

3.3. Los decretos en mención tienen el mismo contenido, el cual se puede resumir así:

3.3.3.1. Los nombramientos fueron por seis (6) meses, término que según la administración se superó sin que se hubiese solicitado a la Comisión Nacional del Servicio Civil su prórroga, razón por la que procede la insubsistencia.

3.3.3.2. Que como la Corte Constitucional exige una motivación y no señala taxativamente cuáles son las razones para ésta, la administración municipal entiende que como se encuentra organizando la planta de cargos y corrigiendo las irregularidades que se presentan en ella, puede desvincular a los señores ALZATE SANCHEZ y SALDARRIAGA LOZANO. A reglón seguido hace un recuento de la tesis del Consejo de Estado, para señalar que como el acto de nombramiento fue discrecional también lo debe ser la desvinculación.

3.3.3.3. Que si bien el nombramiento se hizo hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, ello no otorga ninguna estabilidad a los funcionarios en provisionalidad, pues de ella sólo gozan los servidores en carrera.

3.4. De una lectura rápida de los actos de desvinculación de los señores ALZATE SANCHEZ y SALDARRIAGA LOZANO, podría concluirse que están motivados y que por ende, no procede el amparo solicitado, por cuanto éste sólo es procedente cuando la administración no motiva.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que los Decretos 0223 de mayo 16 de 2008 y 0246 de junio 09 de 2008, contiene una falsa motivación, porque no se puede admitir como razón suficiente que la administración se encuentra organizando la planta de cargos y corrigiendo las irregularidades que en ella se pueden presentar, para dar por terminada una serie de vinculaciones, entre ellas, la de los accionantes. Esta no es una motivación que se avenga a los requerimientos propios de un Estado de Derecho, que la exige precisamente con la finalidad de frenar la arbitrariedad que puede cometer la

administración cuando está en ejercicio de un acto discrecional.

Así mismo, si bien pareciese válido que la terminación del período para el cual fue vinculado el provisional sería una razón suficiente para dar por finalizada su vinculación con la administración, así como el hecho de no haber solicitado la prórroga a la Comisión Nacional del Servicio Civil, también lo es que en el presente caso la autorización que emitió la Comisión lo fue teniendo en cuenta que la administración municipal venía adelantando un concurso, el cual no concluyó en el período para el cual fue nombrado el accionante, hecho que según las normas que rigen la Comisión Nacional del Servicio Civil, Decreto 1227 de 2005, artículo 8, implicaba que tal nombramiento no requería de una autorización de prórroga, por cuanto el concurso se venía adelantando.

El párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005 señala “No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleados de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensiones en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.” (negrilla fuera de texto).

En ese orden, es claro que los decretos mediante los cuales se terminó la vinculación al municipio de Tulúa de los señores ALZATE SANCHEZ y SALDARRIAGA LOZANO, si bien pareciere tener una motivación, ésta no se ajusta a la realidad, porque si bien el nominador podía desvincularlos para ello debía motivar el acto en debida forma, tal como lo exige el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 y la doctrina de la Corte, hecho que echa de menos esta Sala de Revisión. En este caso, el simple vencimiento del término del nombramiento no resultaba razón suficiente, por cuanto dicho término se fijó con el fin de que la administración convoque a concurso o culmine el que está en curso, evento este último que exonera de la obligación de solicitar autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil por cuanto es claro que esa provisionalidad tendrá un carácter temporal, determinada por el nombramiento de quien llegue a ganar el concurso correspondiente.

No basta, en estos casos, entonces, que la administración esgrima cualquier razón para

ordenar la desvinculación, esa motivación en todos los casos debe ser seria y razonable.

Encuentra esta Sala de Revisión que según una declaración que al parecer dio el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Tulúa a el diario "El Tabloide", la administración no estaba obligada a acoger los conceptos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que como tal no iban a prorrogar las provisionalidades "por cuanto esas personas llegaron a la administración por cercanías establecidas con el mandatario de turno y no por concurso" (folio 36 del expediente T-2073981).

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que la desvinculación de los señores ALZATE SANCHEZ y SALDARRIAGA LOZANO, pudo tener un sustento más político que de necesidades de la administración, razón por la que la tutela, en ambos casos, ha debido concederse.

En consecuencia, esta Sala de revisión revocará las decisiones del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tulúa, que en providencia del 22 de agosto de 2008, confirmó la decisión de denegar la acción de tutela impetrada por el señor Aldineberth Alzate Sánchez y la del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa, que en providencia del 19 de agosto de 2008, confirmó la decisión de denegar la acción de tutela impetrada por el señor Diego Fernando Saldarriaga Lozano.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Revisión

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tulúa, que en providencia del 22 de agosto de 2008, confirmó la decisión de denegar la acción de tutela impetrada por el señor Aldineberth Alzate Sánchez. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del mencionado ciudadano.

SEGUNDO.- REVOCAR la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa, que en providencia del 19 de agosto de 2008, confirmó la decisión de denegar la acción de tutela impetrada por el señor Diego Fernando Saldarriaga Lozano. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del mencionado ciudadano.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS los Decretos 0223 de mayo 16 de 2008 y

0246 de junio 09 de 2008, proferidos por el Alcalde del Municipio de Tulúa. En consecuencia, se ORDENARÁ a esa entidad que expida un nuevo acto administrativo en el cual se motive adecuadamente la declaratoria de insubsistencia de los señores Aldineberth Alzate Sánchez y Diego Fernando Saldarriaga Lozano.

CUARTO.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Tulúa, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reintegrar a los ciudadanos Aldineberth Alzate Sánchez y Diego Fernando Saldarriaga Lozano, hasta tanto la Alcaldía no motive el acto de desvinculación en el sentido establecido en la presente sentencia y mientras no se haya agotado la vía gubernativa.

QUINTO.- ADVERTIR a los ciudadanos Aldineberth Alzate Sánchez y Diego Fernando Saldarriaga Lozano que, en el evento de ser desvinculados, contra el acto administrativo que profiera la Alcaldía del Municipio de Tulúa, podrán ejercer las acciones contenciosas administrativas pertinentes. Para tales efectos, los términos comenzarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

SEXTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

