

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedibilidad

EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Protección constitucional

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera (...) se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD Y CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Línea jurisprudencial

La línea jurisprudencial desarrollada por esta Corporación buscaba deslindar la situación de las personas que ocupan cargos de carrera en provisionalidad de los empleados de libre nombramiento y remoción, para determinar que no era comparable. En efecto, desde la mencionada providencia se admitió, que entre una y otra forma de vinculación existen innegables coincidencias pero de ellas no puede desprenderse las mismas razones para dar por terminado el vínculo, pues el acto de desvinculación necesariamente debía motivarse, teniendo en cuenta que éstos no son empleados de libre nombramiento y remoción. La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado, toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien

goza de la facultad nominadora 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 tales efectos. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación.

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Posición jurisprudencial del Consejo de Estado

La posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, no ha sido uniforme. La Subsección "A" de la Sección Segunda consideró el año (2003), que dichos servidores gozaban de estabilidad restringida y que para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso. Mientras que para la Subsección "B" no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. El Consejo de Estado a partir del año 2003, unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna. Estimó igualmente, que cuando se remueve a esta clase de personal (vinculado en provisionalidad), sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables. Esta posición, la ha mantenido hasta la fecha el Consejo de Estado y con base en ella se abstiene de anular actos administrativos de desvinculación, cuando se acude a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional

La posición de la Corte Constitucional frente al tema de la motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, difiere ampliamente de la tesis acogida por el Consejo de Estado. Para la Corte, existe un deber de motivación de los actos de retiro, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios y derechos de rango

constitucional, como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, toda vez que la facultad discrecional tiene límites. Para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha mantenido invariable 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 defensa de 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.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por no motivarse el acto de insubsistencia de empleada en provisionalidad ocupando cargo de carrera

REINTEGRO A CARGO EN PROVISIONALIDAD-Orden al SENA de reintegrar empleada que fue despedida sin motivación del acto de desvinculación

Referencia: expediente T- 2.882.988

Acción de Tutela instaurada por Yolanda Inés Vargas Galindo contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección A y Otro

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo emitido el diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010) por la Sección Cuarta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el cual

negó la acción de tutela incoada por Yolanda Inés Vargas Galindo contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección A y el Juez Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá.

1. ANTECEDENTES

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

Yolanda Inés Vargas Galindo demanda ante el juez de tutela la protección de su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política; de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, en coexistencia con la garantía de acceso a la administración de justicia, vulnerados por el Juez 23 Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda Subsección A-, al dictar las sentencias de fecha 20 de junio de 2008 y 17 de junio de 2010, dentro de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de YOLANDA INES VARGAS GALINDO contra la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-. (sic)

1. HECHOS EN QUE SUSTENTA LA DEMANDA

1.2.1. La accionante fue vinculada al establecimiento público denominado Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, en la Regional Bogotá-Cundinamarca, en el cargo de Jefe de División de Capacitación y Desarrollo de Personal Grado 01, a través del acto administrativo Resolución No.00402 del 19 de abril de 1999, emanada de la Dirección General del Sena.

1.2.2. Indica que a través del jefe encargado de la División de Recursos Humanos del Sena Nacional, Doctor Hernando Guerrero Guío, el nuevo Director Regional del Sena Bogotá-Cundinamarca, solicitó la renuncia de varios servidores de libre nombramiento y remoción y

de algunos provisionales en cargos de carrera administrativa.

1.2.3. Señala que hizo caso omiso al requerimiento y fue declarada insubsistente a través de la Resolución No.01328 de 2002, comunicada mediante oficio 2021-37769 de la misma fecha, sin motivación.

1.2.4. Sostiene que en virtud de la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación, demandó la resolución mencionada ante la jurisdicción contencioso administrativa, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues considera que el cargo que ocupaba era de carrera y que como tal, su desvinculación sólo podía producirse previo concurso de méritos o a través de un acto administrativo motivado. Sin embargo, tanto en primera como en segunda instancia, sus pretensiones fueron negadas.

1.2.5. Los fallos emitidos por las instancias judiciales, desconocen la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la estabilidad relativa que cobija a los servidores públicos nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa. Por lo tanto, solicita al juez constitucional, dejar sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenar a dicha corporación, emita una nueva sentencia que se ajuste a la jurisprudencia constitucional para el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

1. TRASLADO Y CONTESTACION DE LA DEMANDA

Una vez admitida la acción de tutela, mediante auto del 12 de julio de 2010, la Sección Cuarta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, corrió traslado a las partes para que en el término de dos días y por el medio más expedito ejercieran su derecho de defensa.

El Juez 23 Administrativo de Bogotá -Sección Segunda-, en contestación a la acción de tutela instaurada por Yolanda Inés Vargas Galindo, manifestó:

Cursó en este Juzgado una acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora YOLANDA VARGAS en contra del SENA, que culminó con sentencia desestimatoria,

la que siendo apelada, fue confirmada por la Sección Segunda Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En relación con la motivación del acto administrativo acusado, el despacho precisa que la jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo, ha sido reiterativa en el sentido de determinar que los nombramientos en provisionalidad no generan fuero de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna. También se afirma que más que estabilidad lo que le irroga es una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.

Ahora bien, como fundamento jurídico de la decisión, además de las sentencias reiteradas del Consejo de Estado se consultó el art.26 del D.E.2400 de 1968, el art.109 del Decreto 1950 de 1976, Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y de las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998. En todas estas disposiciones se determina la facultad de la autoridad nominadora, fundada en el buen servicio público, para hacer nombramientos ordinario o provisional, sin que por este hecho se creen derechos particulares, por lo tanto, tiene la misma facultad para declarar insubsistente este nombramiento, sin motivación.(sic)

Para el juzgador, las pretensiones de la demanda se ventilaron en su escenario natural con total respeto de los derechos y garantías de la demandante, por lo que no advierte evidencia alguna que sus actuaciones o las de su superior sean una vía de hecho que pueda dar lugar a la procedencia de la acción de tutela interpuesta.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

Decisión de única instancia - Sección Cuarta Sala de lo Contencioso Administrativo Consejo de Estado

Expuso el a-quo que para determinar si se incurrió o no en desconocimiento del precedente jurisprudencial, se ha de seguir la línea que frente al particular ha llevado la Sección Segunda

del Consejo de Estado, especializada en temas propios del derecho laboral administrativo¹, que establece:

El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso, y a la del designado por la vía de libre nombramiento y remoción, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

La condición de haber sido nombrado hasta que pueda hacerse la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga al empleado estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera.

Quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro de personal de carrera porque así no lo dispuso la ley. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías propias de tal condición.

Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la Ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad, y puede ser retirado sin motivación alguna sino ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad. En consecuencia, la circunstancia de que no se haya convocado a concurso para proveer la vacante del actor no vicia de nulidad el acto de retiro.

En estos términos, para la Sala, no se presentó defecto por desconocimiento del precedente

jurisprudencial, por cuanto los despachos accionados aplicaron lo dispuesto por la Corporación frente a casos similares, en consecuencia, niega las pretensiones de la demanda.

2. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

2.1. Copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Sección Segunda, el 20 de junio de 2008, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por Yolanda Inés Vargas Galindo contra la Nación - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA2.

2.2. Copia del fallo de segunda instancia proferido por la Sección Segunda Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 17 de junio de 2010, en el cual se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 20 de junio de 20083.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

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

1. CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala Séptima de Revisión determinar si las decisiones proferidas por las entidades demandadas, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, transgreden los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia de la demandante Yolanda Inés Vargas Galindo, al estimar que el acto administrativo por medio del cual fue desvinculada, no

requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar su nulidad así como el restablecimiento del derecho.

Para resolver esta cuestión, la Sala reiterará las consideraciones sobre (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencia judicial; ii) protección constitucional a empleados en provisionalidad en cargos de carrera; iii) la necesidad de motivación de los actos de insubsistencia de cargos en provisionalidad. Posición jurisprudencial del Consejo de Estado en abierta contradicción con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y (iv) estudiará el caso concreto.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencia judicial. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la tutela contra providencias judiciales, ha advertido de manera reiterada, que la acción de tutela en principio, no procede contra las decisiones proferidas por cualquier autoridad judicial, en tanto (i) se trata de decisiones que constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; (ii) el valor de cosa juzgada de las decisiones que resuelven las controversias planteadas ante los jueces y la garantía del principio de seguridad jurídica y (iii) la autonomía e independencia que caracteriza el poder judicial, como principio estructurante de los estados democráticos.

La tesis anterior surgió de la aplicación directa de los artículos 2º, 4º, 5º y 86 de la Constitución, por cuatro razones principalmente: La primera, porque en el Estado Social de Derecho la salvaguarda de los derechos fundamentales es prevalente y obliga a todas las autoridades públicas -incluidos los jueces-, toda vez que uno de los pilares fundantes de esta forma de Estado es la eficacia de los derechos y deberes fundamentales. La segunda, porque los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada no justifican la violación de la Constitución ni pueden amparar decisiones que resulten contrarias a esos mismos principios. Es evidente que una vía de hecho constituye una clara amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad

del derecho, por lo que, la defensa en abstracto de ese principio, implica el rompimiento del mismo en el caso concreto. La tercera, porque la autonomía judicial no puede confundirse con la arbitrariedad judicial, es decir, el juez al adoptar sus decisiones debe hacerlo dentro de los parámetros legales y constitucionales; la autonomía judicial no lo autoriza para violar la Constitución. La cuarta, porque el principio de separación de jurisdicciones no implica el distanciamiento de la legalidad y la constitucionalidad. Por el contrario, el artículo 4º de la Carta es claro en señalar que la Constitución es norma de normas y, por consiguiente, ésta debe informar todo el ordenamiento jurídico; en especial, es exigible en la aplicación e interpretación de la ley.

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación desarrolló el concepto de vía de hecho. En principio, fue entendido como la decisión arbitraria y caprichosa⁷ del juez que resuelve un asunto sometido a su consideración, por lo que la providencia resulta manifiesta y evidentemente contraria a las normas que rigen el caso concreto. No obstante, la Corte, en la sentencia T-231 de 19948 delineó cuatro defectos en los que una providencia judicial podía ser calificada como una vía de hecho, a saber: i) defecto sustantivo, cuando la decisión se adopta en consideración a una norma indiscutiblemente inaplicable; ii) defecto fáctico, cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que funda su decisión; iii) defecto orgánico, cuando el juez profiere su decisión con total incompetencia para ello; y, iv) defecto procedimental que se presenta en aquellos eventos en los que se actúa desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación.

A partir de esa decisión, por un amplio periodo, la Corte Constitucional analizó bajo esa óptica el concepto de vía de hecho. No obstante, con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos era procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-590 de 20059, sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. La Corte distinguió, en primer lugar, los requisitos de carácter general orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela -requisitos de procedencia- y, en segundo lugar, los de carácter específico, centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas -requisitos de procedibilidad-.

Los requisitos de procedencia generales, que deben ser verificados íntegramente por el juez

de tutela, son: (i) que la cuestión planteada al juez constitucional sea de relevancia constitucional¹⁰; (ii) que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial, previstos en el ordenamiento jurídico, a menos que se trate de un perjuicio irremediable¹¹; (iii) que la acción de amparo constitucional, haya sido interpuesta oportunamente, es decir que se cumpla el requisito de inmediatez¹²; (iv) que en el evento de tratarse de una irregularidad procesal, se indique que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹³; (v) que la vulneración reclamada en sede de acción de tutela, haya sido alegada en el proceso judicial respectivo, siempre y cuando hubiera sido posible¹⁴ y (vi) que no se trate de tutela contra tutela.

Por su parte, las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, respecto de las cuales, solamente es necesario la configuración de una de ellas, la Corte determinó que son: (i) el defecto material o sustantivo, que se configura cuando la decisión judicial objeto de reproche, se apoya en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (ii) el defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece de competencia; (iii) el defecto procedimental, que se origina cuando el funcionario judicial dicta la decisión, apartado completamente del procedimiento dispuesto en el ordenamiento jurídico; (iv) el defecto fáctico, surge cuando el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (v) el error inducido, que se presenta cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) la falta de motivación, cuando la decisión carece de fundamentos fácticos y jurídicos, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; (vii) el desconocimiento del precedente, que se presenta, *verbi gratia*, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y (viii) la violación directa de la Constitución.

(negrilla fuera de texto)

El estudio jurisprudencial permite advertir que la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales se muestra complejo, puesto que la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción -presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho-, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica.¹⁵

En resumen, como lo ha señalado un reciente pronunciamiento, la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia.¹⁶

1. Protección constitucional a empleados en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración.

La Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia, ha considerado la situación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, toda vez que las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción¹⁷ y los funcionarios inscritos en carrera administrativa¹⁸.

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera¹⁹ pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera (...) se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano²⁰.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado. En sentencia T-800 de 199821, la Corte Constitucional expuso:

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

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

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

En múltiples oportunidades la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna.²³

La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado²⁴, toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora 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 tales efectos²⁵. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación. Al respecto, en sentencia de unificación SU-917 de 2010²⁶, se concluyó:

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. (subrayado fuera de texto)

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos

nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de

derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador tiene la obligación de motivar el acto mediante el cual pretende la desvinculación, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión, sólo así podrá optar porque la jurisdicción de lo contencioso juzgue la juricidad de los motivos expuestos por la administración.

1. La necesidad de motivación de los actos de insubsistencia de cargos en provisionalidad. Posición jurisprudencial del Consejo de Estado en abierta contradicción con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

De acuerdo con lo expuesto, para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado, es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa en él, las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario nombrado en provisionalidad. No basta, por tanto, llenar páginas con información, doctrina o jurisprudencia que poco o nada se relacionan con el asunto en particular y luego en uno o dos párrafos decir que “por los motivos expresados” se procederá a desvincular al servidor respectivo. Lo anterior, en garantía del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al Estado de derecho, al principio democrático y al principio de publicidad, por tratarse de una garantía mínima de control de la arbitrariedad de la administración.

1. Posición jurisprudencial del Consejo de Estado.

La posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, no ha sido uniforme. La Subsección “A” de la Sección Segunda consideró el año (2003), que dichos servidores gozaban de estabilidad restringida y que para su desvinculación debe mediar al menos un

acto administrativo motivado como garantía del debido proceso²⁷. Mientras que para la Subsección "B" no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna²⁸.

El Consejo de Estado a partir del año 2003, unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna²⁹. Estimó igualmente, que cuando se remueve a esta clase de personal (vinculado en provisionalidad), sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables. Esta posición, la ha mantenido hasta la fecha el Consejo de Estado y con base en ella se abstiene de anular actos administrativos de desvinculación, cuando se acude a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho³⁰. Específicamente, las razones en que se apoya el Consejo de Estado³¹, son las siguientes:

- Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser vinculado de manera discrecional por el nominador.
- El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predicable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicán para quien ha ingresado por concurso.
- Como los nombramientos en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.
- No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial.³²

1. Posición de la Corte Constitucional.

La posición de la Corte Constitucional frente al tema de la motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, difiere ampliamente de la tesis acogida por el Consejo de Estado. Para la Corte, existe un deber de motivación de los actos de retiro, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios y derechos de rango constitucional, como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, toda vez que la facultad discrecional tiene límites.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-251 de 200933, analizó las razones por las cuales la tesis del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de insubsistencia en provisionalidad no es válida en perspectiva constitucional, en ella se sostuvo:

.. 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.

.. 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.

.. 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.

... 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.

.. 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.

... 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”.

Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, se destacan los siguientes: En primer lugar, la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP)³⁴. En segundo lugar, la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso (art. 29 CP)³⁵. En tercer lugar, la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts 1º, 123, 209 CP), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas³⁶. En cuarto lugar, la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 Superior, como corolario del principio democrático y de la prevalencia del interés

general37.

De manera que, la falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, por violación de normas superiores. En esta medida, para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, cuando una autoridad judicial, en abierto desconocimiento de la ratio decidendi de la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional, considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho, corresponde al juez de tutela conceder el amparo invocado.

En conclusión, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha mantenido invariable 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 defensa de 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.

1. CASO CONCRETO

La señora Yolanda Inés Vargas Galindo, considera que el Juez 23 Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda Subsección A-, al dictar las sentencias de fecha 20 de junio de 2008 y 17 de junio de 2010, dentro de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, transgredieron sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por cuanto en ellos desconocieron la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a sus reiterados pronunciamientos en relación con la estabilidad relativa que cobija a los empleados públicos nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa.

En su escrito de tutela, afirma la accionante que fue vinculada al establecimiento público denominado Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, en la Regional Bogotá-Cundinamarca,

en el cargo de Jefe de División de Capacitación y Desarrollo de Personal Grado 01, a través del acto administrativo Resolución No.00402 del 19 de abril de 1999, emanada de la Dirección General del Sena.

Indica que a través del jefe encargado de la División de Recursos Humanos del Sena Nacional, Doctor Hernando Guerrero Guío, el nuevo Director Regional del Sena Bogotá-Cundinamarca, solicitó la renuncia de varios servidores de libre nombramiento y remoción y de algunos que como ella se encontraban en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Señala que hizo caso omiso al requerimiento, pero fue declarada insubsistente a través de la Resolución No.01328 de 2002, comunicada mediante oficio 2021-37769 de la misma fecha, sin motivación.

Por consiguiente, solicita al juez constitucional, dejar sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenar a dicha corporación, emita una nueva sentencia en la que tenga en cuenta la jurisprudencia constitucional en restablecimiento de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial de acuerdo con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional en relación con el deber inexcusable de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

1. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

(i) que la cuestión planteada al juez constitucional sea de relevancia constitucional.

El asunto objeto de revisión contiene una marcada relevancia constitucional por varias razones: (i) se refiere a una presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido

proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, al haber sido desvinculada la accionante de la entidad en la que desempeñaba sus funciones mediante un acto administrativo carente de motivación pese a estar vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera; (ii) involucra la vigencia de otros principios constitucionales como la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el de publicidad en las actuaciones de la administración; (iii) la situación descrita plantea una compleja problemática relacionada con la vinculación de los operadores jurídicos al precedente de la Corte Constitucional; por último, (iv) se hace necesario asegurar la existencia de recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos fundamentales.

(ii) que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial, previstos en el ordenamiento jurídico.

La accionante agotó los medios de defensa judicial que tenía al alcance para la protección de sus derechos, cumpliendo así con el deber de desplegar todos los mecanismos ordinarios que el sistema jurídico otorga para la defensa de los mismos.

Es así como dentro del término legal interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de insubsistencia.

(iii) que la acción de amparo constitucional, haya sido interpuesta oportunamente, es decir que se cumpla el requisito de inmediatez.

En el presente caso se cumple el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que la fecha de la sentencia que se cuestiona es junio 17 de 2010 y la fecha en que interpuso la acción de tutela, julio 9 de 2010, término evidentemente razonable y proporcionado.

(iv) que en el evento de tratarse de una irregularidad procesal, se indique que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

El asunto sometido a análisis por parte de la Corte, se refiere a la falta de motivación del acto administrativo de insubsistencia, el requisito relacionado con la irregularidad procesal no es aplicable aunque el asunto de fondo sí cubre un tema relativo al debido proceso

administrativo.

La peticionaria identifica de manera clara, tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos invocados. Además, en su escrito de tutela plantea con claridad el fundamento de la violación de los derechos que imputa a las decisiones judiciales, al haber fallado en total contradicción con lo dispuesto por la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia, los cuales además son coincidentes con las reclamaciones que fundamentaron la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

(vi) que no se trate de tutela contra tutela.

Las sentencias cuestionadas fueron proferidas en primera instancia por un Juez Administrativo, en segunda instancia por el Tribunal Administrativo y remitido para revisión por el Consejo de Estado. Por lo tanto, no se trata de tutela contra tutela.

En este orden de ideas, la Sala encuentra acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, por lo que asumirá el análisis de los requisitos especiales de procedibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional.

1. Requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales.

La causal específica propuesta en este caso concreto, se refiere al desconocimiento del precedente constitucional, teniendo en cuenta que la demandante considera que los despachos judiciales accionados vulneraron sus derechos fundamentales al no declarar la nulidad del acto administrativo de desvinculación emitido sin motivación alguna, transgrediendo la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado la necesidad de motivación para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera para proteger derechos como el debido proceso.

La Corte es la intérprete con autoridad de la Constitución y ha establecido que para el respeto del debido proceso administrativo, como derecho fundamental, se hace necesaria la motivación, la posición asumida por los jueces de instancia acarrea un franco desconocimiento de la Carta Constitucional.

En efecto, la decisión adoptada en el curso del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia de la peticionaria Yolanda Inés Vargas Galindo, teniendo en cuenta que en sus consideraciones los jueces se apoyaron en la tesis acogida por el Consejo de Estado en cuanto a que:

La condición de haber sido nombrado hasta que pueda hacerse la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga al empleado estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera.

Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la Ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

En esa medida, la acción de tutela resulta procedente para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de la accionante.

Ahora bien, la Corte ha dicho que cuando la circunstancia descrita se presenta en una decisión judicial -desconocimiento del alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias-, el juez de tutela debe adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos conculcados, por supuesto siempre y cuando se haya verificado el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Para ello se señalaron varias alternativas a las cuales podría acudir dependiendo de las circunstancias que plantee el caso, descritas en la sentencia SU-917 de 201038:

- La primera hipótesis se presenta cuando en el proceso ordinario o ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia

trazada por la Corte Constitucional. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional³⁹.

- La segunda hipótesis se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional⁴⁰.

- Finalmente, la tercera hipótesis se presenta cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada⁴¹.

En consecuencia, y acogiendo lo dispuesto en la sentencia de unificación SU-917 de 2010⁴³, la Sala declarará la nulidad del acto de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro al cargo ocupado por la demandante Yolanda Inés Vargas Galindo sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes⁴⁴ y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Advirtiendo que lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley, siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.

Así mismo, el reintegro ordenado sólo será procedente cuando el cargo específicamente desempeñado por la demandante no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En tal evento, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de agosto de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se negó el amparo a la accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Sección Segunda, el 20 de junio de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 17 de junio de 2010.

TERCERO: En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 01328 del 1° de noviembre de 2002, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, mediante el cual se ordenó desvincular a la accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- REINTEGRAR a la señora Yolanda Inés Vargas Galindo al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

CUARTO: El reintegro ordenado sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado por la demandante no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En tal evento, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento

en el que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

QUINTO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Auto 149/12

Referencia: sentencia T-289 de 2011 (Expediente T-2.882.988)

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil doce (2012).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, profiere el siguiente auto, con base en las siguientes:

1. ANTECEDENTES

1. En escrito dirigido a esta Corporación el 22 de agosto de 2011⁴⁵, el ciudadano Luis Yesid Villarraga Flórez, actuando como apoderado judicial de la señora Yolanda Inés Vargas Galindo, accionante dentro del proceso de la referencia, solicitó la aclaración de la sentencia T-289 de 2011, proferida por la Sala Séptima de Revisión. En este fallo, la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales de la tutelante al determinar que la falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad por desconocimiento de normas superiores.

1. Expresa el peticionario que es necesario aclarar la citada providencia por cuanto, en la parte resolutive, solo se estableció que su mandante debía ser reintegrada al cargo que ocupaba sin solución de continuidad siempre y cuando éste no hubiera sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, “entendiendo de entrada que es ésta y solo esta la única eventualidad en la que no procede su reintegro en el sentir de la Corte”.

1. Pone de presente el solicitante que en cumplimiento de la sentencia, el SENA profirió la Resolución 014008 de 2011, donde establece que en virtud del Decreto 250 de 2004 y 249 del mismo año, el cargo del cual fue desvinculada su mandante fue suprimido.

1. Ante esta situación, considera que es necesario que la Corte Constitucional se exprese frente a la eventualidad en que el cargo ha sido suprimido, puesto que en el ordinal cuarto de la parte resolutive solo se hace referencia a que el reintegro solo procederá si el cargo específicamente desempeñado por la demandante no ha sido provisto mediante concurso de méritos, caso en el cual solo habrá lugar al pago de salarios “hasta el momento en el que se

haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso”.

1. CONSIDERACIONES

1. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACLARACIÓN DE SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-113 de 1993 declaró inexecutable el inciso cuarto del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que contemplaba la posibilidad de solicitar la aclaración de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional. Allí se expresó:

“La Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada⁴⁶ que los fallos pronunciados en virtud de la facultad dispuesta en el artículo 241, numeral 9 de la Constitución Política, en principio no son susceptibles de aclaración, pues las decisiones adoptadas hacen tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, no hay posibilidad para debatir aspectos considerados en una sentencia o extender los efectos definidos en ella.

1. No obstante lo anterior, de manera excepcional esta Corporación ha admitido la procedencia de solicitudes de aclaración de sus sentencias, cuando se dan los supuestos de lo establecido en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente:

“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria de la sentencia o que influyan en ella.

La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de

parte presentada dentro del mismo término.

El auto que resuelva la aclaración no tiene recursos”.

1. Conforme a lo anterior, esta excepción va dirigida específicamente a que “se aclare lo que ofrece duda, lo que es ambiguo, lo que es susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección y, solamente respecto de la parte resolutive de los fallos o cuando lo expuesto en la parte motiva influye en aquella”⁴⁷. Así, se procederá a aclarar cualquier expresión que pueda tornarse imprecisa, siempre y cuando esté contenida únicamente en la parte resolutive.

1. CASO CONCRETO

1. Expuesto lo anterior, la Sala entrará a determinar si, en efecto, en la parte resolutive de la sentencia T-289 de 2011, se encuentran frases o conceptos que son motivo de duda, particularmente frente a la presente solicitud de aclaración.

1. La Sentencia T-289 de 2011.

Mediante la sentencia T-289 de 2011, la Corte Constitucional resolvió la solicitud de amparo presentada por la señora Yolanda Inés Vargas Galindo, quien consideraba vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por el Juez 23 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al dictar sentencia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la accionante contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

En esa sentencia, luego de determinar que las providencias proferidas dentro del proceso administrativo no respetaron el precedente constitucional en torno a la motivación de los

actos administrativos que desvinculan a personas en cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte procedió a dictar fallo de remplazo, pues solo de esta manera se garantizaba una protección judicial real y efectiva de los derechos fundamentales de la señora Yolanda Inés Vargas.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de agosto de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, mediante la cual se negó el amparo a la accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Sección Segunda, el 20 de junio de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, el 17 de junio de 2010.

TERCERO: En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 01328 del 1° de noviembre de 2002, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, mediante el cual se ordenó desvincular a la accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- REINTEGRAR a la señora Yolanda Inés Vargas Galindo al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

CUARTO: El reintegro ordenado sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado por la demandante no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En tal evento, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

QUINTO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.”

1. La solicitud de aclaración.

Con base en las consideraciones expuestas y en la parte resolutive de la providencia, la Sala advierte que le asiste razón al peticionario en tanto debe aclararse qué sucede cuando el cargo no ha sido provisto mediante el sistema de méritos, sino que, fue suprimido por la entidad accionada, pues en ninguno de los ordinales se contempla dicha posibilidad.

Antes que nada, la Sala considera necesario aclarar que la sentencia en comento está encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales cuya protección fueron invocados por la accionante, de tal manera que estos no podrían materializarse si el cargo que ocupaba anteriormente fue suprimido por parte del SENA. En efecto, a lo largo de los considerandos del fallo no se dejó expresa otra clase de eventualidades que pudieran surgir a partir de su posible reintegro; lo cual es apenas lógico, en tanto los argumentos esbozados por los jueces en las providencias que se dejaron sin efectos se apoyaron en la tesis acogida por el Consejo de Estado en cuanto a que:

La condición de haber sido nombrado hasta que pueda hacerse la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga al empleado estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera.

Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la Ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

En este sentido, la parte resolutive de la Sentencia T-289 de 2011 se refirió a una sola situación en la que el reintegro procedía, siendo esta que el cargo no haya sido provisto mediante concurso de méritos.

Por todo lo anterior, la Sala procede a aclarar el fallo de la referencia. Así, aunque la única eventualidad prevista para que proceda el reintegro es que el cargo no haya sido provisto mediante el concurso de méritos, ello dejaría por fuera cualquier otra situación diferente a esta, como por ejemplo, la supresión del cargo. De modo que, en pro de la efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales de la señora Yolanda Inés Vargas, el ordinal cuarto de la sentencia T-289 de 2011 deberá entenderse que también puede referirse a cualquier situación administrativa que se presente. Es decir, que en el caso concreto, debería leerse: “El reintegro ordenado sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado por la demandante no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos” o ante el surgimiento de cualquier otra eventualidad administrativa en la cual no sea posible, por causas no imputables a la entidad, el reintegro.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO. ACLARAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-289 de 2011, en el entendido de que el reintegro de la accionante, la señora Yolanda Inés Vargas Galindo, procederá únicamente cuando el cargo no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, o ante el surgimiento de cualquier otra situación administrativa en la cual no sea posible, por causas no imputables a la entidad, el reintegro.

Comuníquese y cúmplase,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA T-289 DE 2011.

SENTENCIA DE REEMPLAZO O SUSTITUCION-Elementos (Salvamento parcial de voto)

De acuerdo con la sentencia SU-917 de 2010, para que sea procedente dictar una sentencia de reemplazo o sustitución deben concurrir en cada situación tres elementos: (i) que la Corte encuentre que la(s) providencias emitidas en la jurisdicción ordinaria incurrieron en una vía de hecho; (ii) que el juez de instancia se haya negado en ocasiones previas a proferir órdenes en el sentido o con los criterios indicados por la Corte, y (iii) que exista certeza sobre el hecho de que, de no dictar la sentencia de remplazo, la protección de los derechos fundamentales perderá efectividad. En el caso que dio origen al presente pronunciamiento de la Corte, no se advierten la presencia de estos elementos. Si bien la Sala determinó con acierto que las sentencias incurrieron en un defecto por desconocimiento del precedente (i); no existe noticia en la sentencia de revisión sobre la negación reiterada del juez de instancia a expedir sentencias con un criterio diferente al de la Corte Constitucional (ii), y tampoco se mostraron elementos que lleven a la conclusión de que, de no dictar la sentencia de reemplazo en el caso concreto, no fuera efectiva la protección de los derechos de la accionante (iii).

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-La Corte Constitucional debe devolver al juez del proceso para que dicte nuevamente una sentencia respetando derechos y garantías constitucionales (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA DE REEMPLAZO O SUSTITUCION-No existían motivos suficientes para dictar sentencia de reemplazo por parte de la Corte Constitucional (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito expresar la razón que me lleva a apartarme parcialmente de la decisión adoptada por la Sala de Revisión. Ella se sintetiza en que considero que la Corte debe limitarse como regla general, y específicamente en este caso, a dejar sin efectos las sentencias proferidas dentro del proceso ordinario cuestionadas en sede de tutela, absteniéndose de emitir una sentencia de reemplazo.

1. La presente acción de tutela tiene origen en la declaratoria de insubsistencia de una trabajadora vinculada en provisionalidad en cargo de carrera en el SENA, mediante una resolución sin motivación que fue objeto de demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este proceso, la Sala halló que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia proferidas dentro del correspondiente trámite de nulidad y restablecimiento del derecho, incurrieron en una vía de hecho por desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el deber de motivar los actos administrativos que decretan el retiro de servidores públicos en provisionalidad.

Constatado lo anterior, la Sala ordenó revocar la sentencia de tutela que denegó el amparo a la actora, por encontrar que las providencias bajo examen atendían a la posición del Consejo de Estado sobre la validez de las declaratorias de insubsistencia sin motivación, y decidió dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Pero, además de las órdenes mencionadas, la sentencia concluyó que en el presente caso la única forma de proteger los derechos fundamentales de la actora era dictando sentencia de reemplazo, aduciendo que ninguna de las decisiones de instancia dentro del proceso contencioso administrativo fue respetuosa de la jurisprudencia constitucional. De acuerdo con lo expresado en el fallo, este caso se encuadra dentro de la tercera hipótesis concebida en la sentencia SU-917 de 2010, que hace procedente proferir sentencia de sustitución o reemplazo. En virtud de ello, declaró la nulidad del acto de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reintegro al cargo ocupado por la demandante sin considerar la existencia de solución de continuidad. Asimismo estableció la obligación de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo.

Este último bloque de órdenes es el que no comparto, pues considero que no existían motivos suficientes para dictar sentencia de reemplazo. En su lugar, encuentro varias razones para considerar que era más garantista de la autonomía judicial e igualmente efectivo para proteger los derechos de la accionante, ordenar al juez de instancia rehacer el fallo teniendo en cuenta el criterio que sobre el asunto expresó la Corte.

2. La sentencia SU-917 de 2010 advirtió la existencia de tres escenarios diferentes que dan lugar a órdenes diversas. El primero de ellos se presenta cuando uno de los fallos de instancia emitidos en la jurisdicción ordinaria está acorde con la posición de la Corte, caso en el cual aquella sentencia respetuosa de los derechos fundamentales debe mantenerse. El segundo se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia, evento en el que debe el juez de tutela dejar sin efecto los fallos y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado a los preceptos constitucionales. Por último, la sentencia contempla una tercera situación en la que es preciso que la Corte dicte directamente las órdenes propias del proceso ordinario pues:

“en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía de las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada”.

En síntesis, de acuerdo con la sentencia SU-917 de 2010, para que sea procedente dictar una sentencia de reemplazo o sustitución deben concurrir en cada situación tres elementos: (i) que la Corte encuentre que la(s) providencias emitidas en la jurisdicción ordinaria incurrieron en una vía de hecho; (ii) que el juez de instancia se haya negado en ocasiones previas a proferir órdenes en el sentido o con los criterios indicados por la Corte, y (iii) que exista certeza sobre el hecho de que, de no dictar la sentencia de reemplazo, la protección de los derechos fundamentales perderá efectividad.

En el caso que dio origen al presente pronunciamiento de la Corte, no se advierten la presencia de estos elementos. Si bien la Sala determinó con acierto que las sentencias incurrieron en un defecto por desconocimiento del precedente (i); no existe noticia en la sentencia de revisión sobre la negación reiterada del juez de instancia a expedir sentencias con un criterio diferente al de la Corte Constitucional (ii), y tampoco se mostraron elementos

que lleven a la conclusión de que, de no dictar la sentencia de reemplazo en el caso concreto, no fuera efectiva la protección de los derechos de la accionante (iii).

Es preciso anotar que la decisión adoptada en la sentencia SU-917 de 2010 en lo referente a dictar sentencias sustitutivas, obedeció a que en todos los casos estudiados una de las instancias judiciales que se negaba a declarar la nulidad de los actos administrativos inmotivados declaratorios de insubsistencia era el Consejo de Estado. Dado que la posición del Consejo sobre la motivación del acto administrativo en estos casos específicos se ha opuesto a la de la Corte a lo largo del tiempo, en esos asuntos sí había certeza de que esa corporación no proferiría nuevos fallos ajustados a los criterios de la Corte Constitucional. Ello concedía sentido pleno a las órdenes sustitutivas proferidas en la sentencia de unificación. Sin embargo, en el caso que dio lugar a este pronunciamiento, no era el Consejo de Estado la corporación a la que se le devolvería el expediente. En este sentido, no podía emplearse de forma equivalente el parámetro establecido en la sentencia SU-917 de 2010.

3. Siguiendo la línea establecida en la sentencia de unificación, considero que existen razones que justifican que se mantenga como regla general y criterio decisorio en la tutela contra providencias judiciales la decisión de anular la decisión que vulnera los derechos fundamentales, pero que sea el juez que profirió la primera decisión quien vuelva a emitir el fallo. Solo cuando exista plena certeza y prueba de que no se cumplirán en el nuevo fallo los dictados de la Corte, debe admitirse la intervención directa del juez constitucional en la controversia.

La posibilidad de que el juez constitucional revise providencias judiciales provenientes de otras jurisdicciones está plenamente justificada en la Constitución, tal como lo señaló esta corporación en la sentencia C-590 de 2005. La tutela contra sentencias es necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución, la irradiación de sus contenidos a todo el ordenamiento jurídico (Art 4. C.N), y la vigencia de los derechos fundamentales (Art. 2 C.N). No obstante, la tutela contra providencias tiene un carácter excepcional en razón del hecho de que todos los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley y de la Carta Política (Art. 230 C.N) y, sujetos a estos parámetros, son autónomos en sus decisiones. Es su independencia la que garantiza la imparcialidad de sus fallos y erige a la rama judicial en elemento fundamental del sistema de pesos y contrapesos. Por ello, su preservación es valiosa.

En el ejercicio de la tutela contra providencias judiciales, la garantía material de la conservación de la autonomía de los jueces depende, a mi juicio, de dos dispositivos. Por una parte, de la observancia estricta de las causales genéricas y específicas de procedencia de la tutela contra sentencias, que garantiza que la revisión del juez constitucional no es caprichosa ni arbitraria. Y, por otra parte, de la orden que remite al juez que profirió la decisión anulada por contrariar los preceptos constitucionales para que vuelva a expedir otra decisión que sí se ajuste a los criterios señalados en la sentencia de tutela. Este tipo de orden garantiza la efectividad de los derechos fundamentales en el caso concreto, pues descarta la decisión vulneratoria y establece con claridad los contenidos que deben hallarse en el nuevo fallo, al tiempo que se armoniza con el mandato de autonomía judicial, pues permite que sea el juez ordinario quien tome la decisión final.

Por ello, la regla general en materia de tutela contra providencias judiciales, debe ser que la Corte devuelva al juez la plena competencia para adoptar las decisiones a que haya lugar, en concordancia con el ordenamiento superior.

4. Existen también razones de orden práctico que justifican lo anterior. La admisión formal de la tutela contra providencias judiciales es más estricta y exige como requisito de procedibilidad que se hagan evidentes cuáles son los hechos que configuran los defectos alegados, y que estos hayan sido manifestados previamente en el proceso judicial respectivo siempre que hubiera sido posible. Por ello, tanto los jueces de tutela como la Corte, en sede de revisión, se ocupan únicamente de verificar la existencia de los defectos alegados, siendo suficiente solo uno de ellos para que se conceda el amparo. No tiene el juez constitucional el deber de revisar de forma integral el proceso y, por tanto, su pronunciamiento no examina siempre todos los aspectos de la controversia.

Así las cosas, es previsible que cuando el juez constitucional emite una orden de reemplazo, deje de definir detalles propios del litigio en concreto, y que ello dé lugar a la admisión de vacíos que impidan solucionar de forma definitiva la controversia, o devengan en la nulidad del fallo. Una forma de prevenir que ello ocurra es precisamente que el juez del proceso dicte nuevamente una sentencia ordinaria respetuosa de los derechos y garantías constitucionales, y que solo cuando ello no sea posible de ningún modo, sea el juez constitucional quién determine cuál debe ser la decisión que dé fin al litigio.

5. Como lo señalé previamente, esta no es una situación extrema que amerite abandonar la armonización entre los principios del debido proceso y de autonomía judicial, diseñados por el ordenamiento jurídico al establecer la tutela contra providencias judiciales. No presentó la sentencia razones que lleven a pensar que iba a desatenderse la orden judicial, y el hecho solo de haber proferido sentencias previas contra este criterio no es prueba suficiente. Por lo tanto, debió adoptarse un fallo más respetuoso de la autonomía judicial y que confiara más en la capacidad de irradiación de la Constitución dentro de la rama jurisdiccional en su conjunto. Limitaciones en casos como este, garantizan a la Corte la legitimidad de las herramientas para salvaguardar con todo vigor los derechos, a la vez que mantienen la estructura institucional contenida también en la Constitución.

Atendiendo a estas razones me aparto parcialmente de la decisión mayoritaria adoptada en esta providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Sentencia 4972-01, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, marzo 13 de 2003, la Sección Segunda unificó los criterios sobre los nombramientos en provisionalidad.

2 Folios 14 a 31, cuaderno 2.

3 Folios 32 a 47, cuaderno 2.

4 Sentencia del 1 de octubre de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Así, por ejemplo, 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 estas 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 T-079 del 26 de febrero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. En el mismo sentido, sentencia T-158 del 26 de abril de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

8 Sentencia del 13 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes (C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

11 De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última” (C-590 de 2005).

12 Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se

cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos” (C-590 de 2005).

13 Si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590 de 2005).

14 Si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590 de 2005).

15 Sentencia T-310 del 30 abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

16 Sentencia T-555 del 19 de agosto de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

17 En la sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que cuando quien se desvincula del servicio es un (a) empleado (a) de libre nombramiento y remoción al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del [/de la] nominador [a]. Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del [/de la] nominador [a] y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.

Bajo estas circunstancias, quien nomina goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución. (Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005).

Ha recalcado, al mismo tiempo, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental

alguno". (Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003).

18 Las personas que acceden a cargos de carrera administrativa deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder, pueden ocupar un cargo. La provisión de estos puestos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la Ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley. (Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004). La Legislación exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

19 El artículo 125 de la Constitución se refiere al ingreso y retiro de servidores públicos en los empleos del Estado. De un lado, reconoce que por regla general los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se hará, también por regla general, mediante concurso, con el propósito de estimular el mérito y las calidades de los aspirantes como forma de acceso a la función pública. De otro lado, el mismo artículo señala que el retiro se hará "por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

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

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

22 M.P. Manuel José Cepeda, abril 18 de 2007.

23 Ver entre muchas, las sentencias T-1206 de 2004; T-031 de 2005; T-161 de 2005; T-222 de 2005; T-267 de 2005; T-392 de 2005; T-648 de 2005; T-660 de 2005; T-804 de 2005; T-1159 de 2005, T-1162 de 2005; T-1310 de 2005; T-1316 de 2005; T-1323 de 2005; T-081 de 2006; T-156 de 2006; T-653 de 2006.

24 Previsto dentro de los límites trazados en relación con la discrecionalidad de quien goza de la facultad de nominación para declarar insubsistente a una persona pues quienes ocupan

un cargo de carrera en provisionalidad, gozan de una cierta estabilidad que ha sido denominada por la Corte Constitucional como estabilidad intermedia, de suerte que quien ocupe cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. (Sentencia C-431 de 2010).

25 Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998; Sentencia T-610 de 2003. Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno. /3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción. Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-752 de 2003: Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa. A su vez la sentencia T-1011 de 2003 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. Ver también sentencia T-222 de 2005.

26 M.P. Jorge Iván Palacio, noviembre 16 de 2010.

27 Cfr., Sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01, de 3 de octubre de 2002, exp. 4117-01, de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002.

28 Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99).

29 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01).

30 Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

31 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006), el 12 de marzo de 2009 (5374-05), del 11 de junio de 2009 (0012-2008), del 04 de agosto de 2010, (0319-08), entre muchas otras.

32 Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio, Noviembre 16 de 2010.

33 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, abril 2 de 2009.

34 La Corte Constitucional también ha reconocido que la motivación de los actos tiene sustento en el concepto de Estado de Derecho que recoge la Constitución de 1991, “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.

36 Sobre el particular la Corte ha explicado que la motivación es “una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad. Art. 209 C.P. La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)]”

37 En la Sentencia C-054 de 1996, donde la Corte declaró exequible la norma que impone a las autoridades el deber de motivar la negativa al acceso a documentos públicos, precisó su importancia a la luz del principio de publicidad: “El deber de motivar los actos administrativos no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una

determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”. (Resaltado fuera de texto). La publicidad que se refleja en la motivación constituye una “condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho”

38 M.P. Jorge Iván Palacio.

39 Sentencia SU-1158 de 2003, en la Sentencia T-170 de 2006 la Corte revocó el fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado y en su lugar declaró ejecutoriado el de la Subsección “B” de la Sección Segunda; este fallo, proferido antes de la unificación contraria a la jurisprudencia constitucional, había anulado el acto de retiro sin motivación de un empleado de Fiscalía General de la Nación vinculado en provisionalidad. En últimas, la Corte dejó en firme el reintegro así como el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir. Igualmente, en la Sentencia T-891 de 2008, en un asunto de similares características, esta Corporación dejó sin efecto el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado y en su lugar declaró ejecutoriado el de primera instancia, en esa oportunidad dictado por el Tribunal Administrativo de Arauca, que en declaró la nulidad del acto y ordenó el reintegro de la peticionaria en aquel entonces.

40 en la Sentencia T-1112 de 2008 dejó sin efecto la sentencia dictada por un tribunal administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra la Fiscalía General de la Nación ante la insubsistencia de nombramiento en provisionalidad sin la motivación del acto. En su lugar, ordenó proferir un nuevo fallo en el que se tuvieran en cuenta las reglas fijadas por la Corte Constitucional.

Esta decisión también fue adoptada en las Sentencias T-254 de 2006, T-410 de 2007, T-887 de 2007, T-1092 de 2007, T-437 de 2008, T-341 de 2008, T-580 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009 y T-186 de 2009, en asuntos con supuestos fácticos semejantes. De ellas se destaca la reciente Sentencia T-736 de 2009, donde la Corte dejó sin efecto el fallo de un Tribunal Administrativo que denegó la nulidad de un acto de insubsistencia de un empleado de la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad, quien fue desvinculado sin la motivación del acto. Siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia, sostuvo de manera categórica lo siguiente:

“La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales

se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación". (Resaltado fuera de texto).

41 En estos eventos el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad. Sentencias SU-1158 de 2003, T-951 de 2003, Autos 235 de 2003, 149A de 2003, 010 de 2004, 127 de 2004, 141B de 2004, 085 de 2005, 96B de 2005, 184 de 2006, 249 de 2006, 045 de 2007 y 235 de 2008, entre otros.

42 Sentencia SU-917 DE 2010. Lo anterior, (i) con miras a garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales prevista en el artículo 86 de la Constitución, en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (ii) atendiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente al cumplimiento de sentencias de tutela; (iii) teniendo en cuenta la postura que sobre la motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad y el cumplimiento de los fallos de tutela ha adoptado en forma reiterada la Sección Segunda del Consejo de Estado; (iv) debido a que la única alternativa es anular los actos administrativos que no fueron motivados y proceder al restablecimiento de los derechos afectados; y (v) porque en últimas esta es la decisión menos lesiva para la responsabilidad del Estado Colombiano y más garantista para quienes han visto afectados sus derechos.

43 M.P. Jorge Iván Palacio.

44 Sentencia SU-917 DE 2010: Las sumas a pagar se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = R.h. \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$; en la que el valor presente "R" se determina multiplicando el valor histórico (R.h.), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

45 De acuerdo con el Oficio No. 7723 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sentencia T-289 de 2011 fue notificada el 29 de agosto del mismo año al apoderado de la accionante, por lo tanto la presente solicitud se presentó en término.

46 Cfr. Corte Constitucional, Autos 053 de 1997, 019 de 1998 y 135 de 2000.

47 Auto 004 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.