

Sentencia T-396/10

(Mayo 24; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que se desconoce precedente judicial sobre motivación de los actos administrativos de declaración de insubsistencia sin motivación/ PRECEDENTE JUDICIAL Y PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA POR DESCONOCIMIENTO DE ESTE-Reiteración de jurisprudencia

En numerosos fallos, la Corte Constitucional -en Salas de Revisión y Sala Plena-, ha reafirmado la Protección constitucional al funcionario provisional en cargo de carrera administrativa, de modo que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera no declina por el hecho de encontrarse en provisionalidad. En tales casos, la administración sólo podrá desvincularlo por motivos disciplinarios, por baja calificación o porque se provea de manera definitiva la plaza mediante las reglas de concurso¹. Siendo esa la regla general, se deduce que el acto de retiro en estos casos específicos debe ser motivado. Las razones conceptuales de esta regla jurisprudencial se definieron desde la sentencia SU-250 de 1998. La regla jurisprudencial derivada de este fundamento puede formularse de la siguiente manera: “el deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se extiende a los casos en los cuales el empleado desvinculado se encuentra ocupando el cargo de manera provisional, y la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del trabajador.” La falta de motivación del acto expedido en estas circunstancias afecta el debido proceso, en la medida en que limita el derecho de defensa del servidor público. La ausencia de motivación hace procedente la acción de tutela por razones que la Corte ha explicado. Existe una posición jurisprudencial reiterada y consistente según la cual los actos en los que se desvincula a una persona que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera deben ser motivados, pues de lo contrario se presenta una violación del derecho fundamental al debido proceso, que puede corregirse por la vía de la acción de tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de funcionario nombrado en provisionalidad en cargos de carrera/ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE LA SECCION SEGUNDA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-

Desconocimiento no justificado del precedente constitucional

El desconocimiento del precedente no se atenúa o desaparece por el hecho de que el Tribunal haya mencionado o traído a colación su existencia. En las ya citadas sentencias T-838/07, T-341/08, la T-186/09 y la T-109/09, la Corte observó que los fallos impugnados vía tutela ni siquiera habían mencionado, así fuera para efectos de justificar su discrepancia, los claros y reiterados precedentes constitucionales sobre la necesidad de motivar, en defensa de claros derechos fundamentales, este tipo de actos administrativos. En el presente caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca trajo a colación la existencia del precedente constitucional, en los siguientes términos: “Para la Sala es claro que en algunos casos la H. Corte Constitucional ha emitido pronunciamiento en el sentido de que los actos de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad deben motivarse. Tal posición asumida por el alto tribunal constitucional carece de efectos vinculantes para la jurisdicción contencioso administrativa”. Esta alusión escueta no satisface los requisitos fijados por el legislador estatutario –reseñados en el acápite anterior- para que un juez ordinario pueda válidamente apartarse de un precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional en materia de aplicación y delimitación de derechos constitucionales fundamentales. La sola alusión a la existencia del precedente, y la afirmación no explicada y errónea según la cual tal precedente no vincula a la jurisdicción contencioso administrativa, no satisface los criterios de suficiencia y adecuación que le son exigibles al juez ordinario cuando intenta apartarse de un sólido precedente constitucional. El Tribunal, a sabiendas de que el asunto en cuestión incide directamente sobre el derecho al debido proceso, a la defensa y a la estabilidad laboral del accionante, y por lo tanto se relaciona con el alcance de un derecho fundamental constitucional, tenía el deber de explicar con suficientes argumentos constitucionales, las razones por las cuales los precedentes constitucionales cuya existencia admite conocer, no lo vinculaban. El argumento de la diferencia de jurisdicciones que invoca no tiene en cuenta que, precisamente cuando se trata de un asunto que compromete el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario está, en principio, sometido al precedente fijado, no por su superior jerárquico ordinario, sino por la Corte Constitucional, que es el organismo de cierre en materia de interpretación de la Constitución. Este desconocimiento no justificado del precedente constitucional es una de las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

Referencia: Expediente T-2.521.208.

Accionante: Sergio Grazziani Cristo.

Accionado: Sección Segunda, Sub sección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Fallos objeto de Revisión: fallo de segunda instancia de tutela del Consejo de Estado, sección segunda, subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo -del 11 de noviembre de 2009-, confirmatorio de fallo de primera instancia de tutela del Consejo de Estado -Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo -del 13 de agosto de 2009-.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Maria Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

Sergio Grazziani Cristo, por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela² contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por considerar que un fallo de dicha corporación judicial vulneró sus derechos fundamentales.

1.1 Derechos fundamentales cuya protección se invoca: debido proceso e igualdad, en conexidad con los de trabajo y estabilidad laboral.

1.2. Conducta que causa la vulneración: la sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que revocó la sentencia del Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá -objeto de la acción de tutela-, que había accedido a las pretensiones de la demanda, ordenando el reintegro del demandante y el pago de todos los salarios y prestaciones pertinentes, debidamente actualizados³.

1.3. Pretensión. Pide el accionante se le tutelen los derechos invocados, dejando sin efectos la sentencia acusada, y en su lugar sea ordenado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección II, Subsección B- dictar nueva sentencia “aplicando el artículo 170 del CCA, el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, Sección II, Subsección B, Sent. Ag.21/08, exp. 2002-01469, Ponente Dr.

Gerardo Arenas Monsalve y de la Corte Constitucional, sobre la necesidad de la motivación de los actos de retiro en los empleos de carrera administrativa, para lo cual deberá conceder un plazo improrrogable de 72 horas”; o en subsidio, se aplique la sentencia favorable del juzgado”.

1.4. Fundamento de la pretensión.

1.4.1. El accionante fue retirado por el INCODER, mediante acto inmotivado de declaración de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad, en empleo propio de la carrera administrativa. Dado que el acto fue expedido sin que existiera una causal legal de retiro, y sin motivación, presentó demanda de nulidad y restablecimiento, la cual fue resuelta favorablemente por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, el 20 de junio de 2008.

1.4.2. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la decisión del Juzgado de primera instancia⁴. En esta sentencia el Tribunal argumentó lo siguiente:

- No es la naturaleza del cargo que se ocupa lo que determina el otorgamiento de los derechos de carrera, sino su ingreso a la Administración Pública, a través del agotamiento previo de las etapas del concurso de méritos que la ley consagra con tal finalidad.
- Como el actor accedió al servicio mediante nombramiento discrecional, no le asiste a él fuero alguno de inamovilidad, que le es propio de quienes ingresan al servicio mediante el sistema de concurso.
- Esta modalidad de vinculación no le otorga fuero de estabilidad y conforme a ello, la entidad demandada estaba facultada para proferir el acto de retiro haciendo uso de la potestad discrecional y atendiendo las pautas y límites que comporta el ejercicio de dicha facultad.
- En cualquier momento se puede declarar insubsistente un nombramiento ordinario o provisional sin motivar la providencia de acuerdo con la facultad discrecional que se le otorga a la administración de nombrar y remover libremente a sus empleados.
- La posición de la Corte Constitucional, en el sentido de que los actos de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad deben motivarse, carece de efectos vinculantes para la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- El caso del señor Sergio Grazziani Cristo, no se regula por el inciso 1 del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, porque no ingresó a la Administración Pública por concurso de méritos sino fue vinculado por razones discrecionales, lo que también le impide estar amparado bajo las causales de retiro previstas en el literal b) del artículo 41 ibídem, toda vez que estas se predicen de los nombrados con base en el sistema de méritos.

- Otorgar a los designados en provisionalidad el derecho a que su acto de desvinculación se motive, significa equipararlos, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de la Entidad.

- La Ley 909 de 2004, en cuanto al retiro de los empleados del servicio, conserva las mismas causales, reiterando que el acto de insubsistencia del nombramiento de los provisionales no necesita de motivación alguna.

- No es dado predicar que la administración tenga la obligación de demostrar el móvil que la indujo a producir el acto de desvinculación del ciudadano no vinculado a la carrera administrativa, por la presunción de legalidad y veracidad del mismo.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocó el fallo del 20 de junio de 2008, proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo de Bogotá⁵.

1.4.3. Para el tutelante esta sentencia “corresponde a un pre-formato en el que se analiza evento distinto, no planteado en la demanda, sobre existencia o no de derechos de carrera, y unas jurisprudencias sobre casos que sucedieron con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004, y por tanto, no tienen relación alguna con nuestro caso, sucedido bajo la vigencia de la Ley 909 de 2004”. Agrega que el fallo “ignora y transgrede” precedentes del Consejo de Estado aplicables al caso concreto, carece de motivación y congruencia, y por tanto viola el debido proceso, pues no se juzgó el caso con base en las normas preexistentes ni resolvió el asunto relativo a la inexistencia de causal legal de retiro, ni a la carencia de motivación. A juicio del actor, la sentencia es discriminatoria, dado que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y el propio Tribunal que la profirió han accedido a pretensiones similares de tiempo, modo y lugar, incluso dirigidas contra el mismo INCODER. Así, el Tribunal vulneró el derecho a la igualdad, porque otras personas en la misma situación fueron judicialmente

protegidas con órdenes de reintegro; el derecho al debido proceso, porque no se aplicaron las normas preexistentes al caso; y, finalmente, el derecho a la estabilidad laboral y al trabajo, porque no se le permitió al accionante permanecer en su empleo.

2.1. Respuesta del INCODER.

2.1.1. La acción de tutela no fue erigida para dirimir derechos litigiosos emanados de la interpretación de la ley ni para resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentran plenamente establecidas en nuestro ordenamiento jurídico⁶.

2.1.2. Como la tutela no es una instancia adicional o recurso ante los fallos judiciales, sólo procede si la decisión judicial atacada es una vía de hecho, cosa que en el presente caso no sucede.

2.1.3. No se vulnera el derecho a la igualdad, pues el Código Contencioso Administrativo establece que los fallos que resuelven demandas de nulidad y restablecimiento del derecho producen efectos inter-partes. Por lo tanto, los fallos que el actor invoca para sustentar la posible discriminación no pueden extenderse en sus efectos al presente caso.

2.2. Respuesta de la Subsección “B” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca pide se desestimen las pretensiones de la demanda de tutela:

2.2.1. La decisión judicial que el tutelante ataca se profirió como resultado del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En esa medida, la decisión está protegida por el principio constitucional de autonomía e independencia del juez:

2.2.2. El señor Sergio Grazziani Cristo, había sido nombrado en provisionalidad, en un cargo de carrera. Caso en el cual la jurisprudencia no ha sido pacífica incluso a nivel de altas cortes, si se tiene en cuenta que un sector considera que en esos eventos el acto de insubsistencia debe motivarse, en tanto otro, concluye lo contrario. La sentencia acusada acogió este último criterio, teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, la situación fáctica probada a lo largo del proceso y siguiendo como criterio auxiliar la jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano de cierre de ésta jurisdicción, ante los efectos no vinculantes del

pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exigencia de motivación del acto declaratorio de insubsistencia del nombramiento provisional en cargo de carrera, pues la fuerza vinculante se predica de la parte resolutoria de los fallos de constitucionalidad y de las motivaciones que guardan conexión inescindible.

2.2.3. Por regla general, la tutela es improcedente contra sentencias proferidas dentro de un proceso, en ejercicio de función jurisdiccional. Para que proceda la tutela contra sentencias, el juez debe haber incurrido en una vía de hecho, o deben darse las causales genéricas de procedibilidad que en tiempos más recientes ha establecido para esos efectos la Corte Constitucional.

3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

3.1 Sentencia de primera instancia proferida el 13 de agosto de 2009 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷.

Se niega, por improcedente, la acción de tutela, con base en las siguientes consideraciones:

3.1.1. En sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de junio de 2004, se concluyó que “la acción de tutela no procede de manera alguna contra las decisiones judiciales, so pena de suplantar al juez competente, usurpar la función pública de administrar justicia y atentar contra el principio de autonomía de los jueces”. A partir de entonces, el Consejo de Estado, “de manera excepcional”, sólo ha aceptado la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en casos de violación del derecho de acceso a la administración de justicia, cuando la persona afectada no tuvo siquiera la oportunidad de ingresar al proceso, pues en este caso no se quebranta la cosa juzgada ni la seguridad jurídica que caracterizan a las providencias judiciales que han puesto fin a un proceso.

3.1.2. En este caso no se presenta una situación excepcional que dé lugar a conceder el amparo del referido derecho fundamental. El actor no alega en forma alguna que se hayan pretermitido instancias procesales u oportunidades que le impidieran el acceso a la administración de justicia o al debido proceso, sino que no está de acuerdo con la interpretación que de la ley hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la providencia acusada, a su juicio no se ajusta a la jurisprudencia del Consejo de Estado ni

corresponde con la norma escogida para estudiar su caso.

3.1.3. En lo que tiene que ver con la violación del derecho a la igualdad, la Sala reitera que el mismo se vulnera cuando a las personas que se encuentran en idénticas circunstancias de hecho y de derecho, se les da un trato diferente por parte del juez. Ello no ocurre en el caso examinado: (i) en la sentencia del 2 de abril de 2009, visible a folios 4 a 10, el demandante discutió el hecho de no haber sido retirado durante un proceso de reestructuración, sin que mediara una declaración de insubsistencia, mientras que en el asunto del señor Grazziani Cristo, el retiro se produjo, justamente, mediante una declaración de insubsistencia; (ii) una de las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que aduce como diferente a la del actor, fue proferida por la Subsección A de dicha Corporación, mientras que la de su asunto fue proferida por la Subsección B, es decir, que no se trató del mismo juez. En todo caso, “no es posible por medio de la acción de tutela obligar a los jueces a decidir conforme a las providencias de otros juzgadores, pues ello vulnera el principio de independencia judicial y es contrario al mandato superior, según el cual los jueces en sus providencias sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, la jurisprudencia es sólo un criterio auxiliar...”.

3.2 Sentencia de segunda instancia proferida el 11 de noviembre de 2009 por la Subsección “A” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

8

3.2.1. Es procedente la tutela contra providencias judiciales, cuando éstas constituyen una vía de hecho. Para que ese mecanismo excepcional pueda proceder, se requiere la comprobación de dos condiciones: “1. La violación de un derecho fundamental y 2. La identificación plena de la existencia de algunos de los eventos que constituyen causales de procedibilidad en materia de acción de tutela contra providencias judiciales...Sólo bajo el supuesto de comprobación de los parámetros en cita, puede el juez constitucional entrar a resolver sobre lo ya decidido por el juez ordinario”.

3.2.2. Cuando la tutela gira en torno a un posible defecto sustantivo, el papel del juez de tutela debe armonizarse con los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial: “...El ámbito de libertad del juez está en la interpretación normativa que realice en el caso concreto, de tal manera que solo puede atacarse el ámbito de interpretación cuando éste desborda los límites de una decisión objetiva y razonable. Así puede el juez, al resolver

una causa, apartarse, tanto de sus propias decisiones, como de las proferidas por instancias superiores, siempre que el discurso argumentativo sea suficientemente razonable...Es dable al operador jurídico distanciarse de una decisión judicial propia, e incluso de las altas corporaciones, con el límite que impone la exigencia de la motivación razonada dictada en acatamiento del ordenamiento legal... Una decisión judicial es considerada como constitutiva de irregularidad en uso de la facultad interpretativa, cuando el juez al decidir la norma aplicable al caso concreto contraviene o hace caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales o imponiendo criterios irracionales o desproporcionados, sin respetar el principio de igualdad, en desmedro de los derechos sustanciales del litigio. “

3.2.3. Al aludir el reproche del actor a un defecto sustantivo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca podía apartarse de decisiones proferidas por la Corte Constitucional, acogiendo una posición contrapuesta, respecto de la motivación de los actos que declaran la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad: “...Del estudio de los elementos conceptuales expuestos al inicio de la parte motiva, es posible inferir que la conducta realizada por el juez de instancia representa una decisión judicial, cuya carga de argumentación está sustentada en la posición que frente a la motivación de actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad ha sostenido el Consejo de Estado (....) “La decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cumple con el requisito de motivar la decisión judicial... el sustento de su decisión está adscrito a lo señalado en la materia por el Tribunal Contencioso Administrativo, en interpretación del artículo 125, inciso 2, de la CP”... se reputa una carga de argumentación razonable, que distinto a constituir una decisión arbitraria, presupone una diferencia de tesis a la esgrimida por el tutelante” (...).

4. Actuación de la Corte Constitucional en sede de revisión.

La Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional, mediante auto del 25 de enero de 2010, decidió seleccionar para revisión el fallo de tutela en cuestión. De acuerdo con el sorteo realizado en la sesión correspondiente, correspondió en reparto al despacho de la Magistrada Maria Victoria Calle Correa, quien, en comunicación del 4 de febrero de 2010, manifestó impedimento que le fue aceptado mediante auto del 18 de febrero de 2010. El expediente fue remitido al magistrado ponente de la presente decisión, quien le sigue en turno, para los fines pertinentes.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección número uno del 25 de enero de 2010.

2. Problema de constitucionalidad.

2.1. Situación fáctica. El accionante ocupaba, en (i) provisionalidad, (ii) un empleo público propio de la carrera administrativa, en el INCODER -establecimiento público del orden nacional-, al momento de ser declarado insubsistente mediante acto inmotivado. La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en segunda instancia de conocimiento negó la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del actor, fue confirmada en sede de tutela en las instancias correspondientes del Consejo de Estado.

2.2.2. Problema de constitucionalidad a resolver. La declaración de insubsistencia de un funcionario público que, en provisionalidad, ocupa cargo de carrera administrativa, debe ser motivada?

2.2.3. Metodología. (i) Procedencia de la tutela contra la decisión judicial impugnada. (ii) se han proferido providencias judiciales ordinarias referidas a la legalidad de la no motivación del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad; (iii) Conclusión al análisis del caso concreto.

3. Procedencia de la tutela.

Para concluir sobre la procedencia de la tutela interpuesta contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es necesario examinar previamente si se dan los requisitos jurisprudencialmente establecidos para la procedencia de tutelas contra providencias judiciales.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.1. La Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela contra

providencias judiciales, ya que emanan de autoridades públicas y es posible que a través de ellas se vulneren derechos fundamentales. Por lo tanto, en los términos del artículo 86 de la Carta, no existen razones para negarla.

3.2. En virtud del principio de independencia y autonomía judicial, y en desarrollo del valor constitucional de la seguridad jurídica, la Corte ha considerado reiteradamente que la procedencia de la tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional. De ahí que la evolución jurisprudencial en la materia haya tenido como propósito delimitar y precisar, con criterios cada vez más objetivos, los requisitos de procedibilidad que permiten al juez constitucional, abordar excepcionalmente el estudio de una tutela encaminada a dejar sin efectos una providencia judicial.

3.3. En sentencia C-590 de 2005, la doctrina inicial de la Corte según la cual sólo procede la tutela contra providencias judiciales cuando éstas constituyen una vía de hecho, fue precisada y complementada con la introducción de unos requisitos genéricos y concurrentes de procedibilidad, que deben verificarse en su conjunto, para abordar el fondo del asunto. Dados los requisitos generales de procedibilidad, es posible examinar el problema sustancial planteado por el demandante en tutela, a la luz de alguno de los requisitos específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, también enunciados en la sentencia C-590 de 2005 y desarrollados en varias sentencias posteriores de revisión de tutelas. Estos requisitos específicos de procedibilidad no aluden ya a un presupuesto procesal sino determinan la prosperidad o no de la acción.

4. Procedencia de la presente acción de tutela frente a los requisitos generales de procedencia contra providencias judiciales.

4.1. Requisitos generales de procedencia de tutela contra sentencias.

La Sentencia C-590 de 2005, desarrolló extensivamente los requisitos generales de procedencia, que se sintetizan así:

4.1.1. Relevancia constitucional del asunto discutido. Así, el juez de tutela debe precisar expresamente la razón por la cual la cuestión que aboca afecta los derechos constitucionales y fundamentales de las partes “ya que 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 jurisdicciones⁹".

4.1.2. Subsidiariedad o agotamiento previo de todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada. Salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, debe el actor de tutela utilizar todos los mecanismos judiciales ordinarios -ordinarios y extraordinarios- disponibles 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".

4.1.3. Inmediatez. Esto es, la interposición de la tutela en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que originó la vulneración¹⁰, ya que la solicitud de "protección inmediata"¹¹ no puede estar precedida de un lapso tan dilatado que niegue en la práctica la necesidad de una tutela inmediata. Además, "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".

4.1.4. Relevancia de la irregularidad procesal en la sentencia impugnada. Alegada una irregularidad procesal, que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, ha de tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia impugnada vía tutela¹². No obstante, "de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-590-05, 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".

4.1.5. Alegación previa de la vulneración. Es necesario que el accionante hubiere alegado la vulneración del derecho fundamental en el proceso judicial que antecede a la interposición de la tutela, siempre que esto hubiere sido posible¹³. Así, sin desnaturalizar la tutela

mediante formalidades no previstas por el Constituyente, “sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos”.

4.1.6. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁴. “Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”. 15

4.2. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en el caso concreto.

4.2.1. La cuestión discutida tiene evidente relevancia constitucional. En un importante número de sentencias, la Corte Constitucional ha considerado que la cuestión de la motivación o no de los actos administrativos en general tiene implicaciones constitucionales importantes, desde el punto de vista del principio de publicidad, el debido proceso administrativo, y el derecho de defensa, todos ellos de entidad constitucional; no se trata de una simple cuestión de mero alcance hermenéutico-legal, sino que plantea problemas de cuya resolución dependen los derechos constitucionales del accionante.

4.2.2. Se han agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a disponibilidad del actor. La tutela se encamina contra un fallo de segunda instancia proferido dentro de un proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho que, al resolver una apelación, revocó el fallo de primera instancia que había accedido a las pretensiones de la demanda. Contra esa decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no cabe recurso ordinario alguno, pues al no haber condena contra entidad estatal, no hay lugar a la consulta de que trata el Artículo 184 del Código Contencioso Administrativo. Tampoco se percibe la existencia de alguna de las causales que darían lugar al recurso extraordinario de revisión regulado en los artículos 185 y subsiguientes del mismo Código.

4.2.3. La tutela se interpuso en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. La sentencia proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda

del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fue proferida el 19 de marzo de 2009, y la acción de tutela contra dicha decisión se presentó el 6 de julio del mismo año, lapso que a juicio de la Sala satisface plenamente el requisito general de procedibilidad conocido como “principio de inmediatez”.

4.2.4. La tutela en el presente caso no se fundamenta en la posible existencia de una irregularidad procesal. El reproche se orienta hacia la posible inconstitucionalidad del contenido y sentido del fallo atacado. En consecuencia, no es pertinente exigirle al tutelante que demuestre el impacto decisivo o determinante de una posible irregularidad en la sentencia impugnada.

4.2.5. Tal y como quedó consignado en el acápite de antecedentes, la parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y alegó tal vulneración a lo largo del proceso ordinario contencioso administrativo, cuya sentencia definitiva es el objeto de la presente acción de tutela.

4.2.6. La sentencia contra la cual va dirigida la tutela no es un fallo de tutela.

4.3. Conclusión.

La Sala verifica entonces que en el presente caso se satisfacen los requisitos generales de procedibilidad de las tutelas contra providencias judiciales.

5. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela.

5.1. Las causales específicas de procedencia de la tutela contra sentencias.

Las causales específicas de procedencia son aquellos motivos por los cuales la providencia impugnada se considera contraria al ordenamiento jurídico y vulneratoria de un derecho fundamental. Es, propiamente, la fuente de la vulneración del derecho, que hace posible la anulación de la providencia, y basta la acreditación de ocurrencia de una sola de ellas. Son las vías de hecho previamente descritas por la jurisprudencia, pero incrementadas con hipótesis que, sin constituir decisiones arbitrarias de los jueces, constituyen afectación del ordenamiento jurídico o riesgo o vulneración de un derecho fundamental. Estas son, según la Sentencia C-590 de 2005:

5.1.1. Defecto orgánico: carencia absoluta de competencia del funcionario judicial para proferir el fallo.

5.1.2. Defecto procedimental absoluto: actuación del juez “completamente al margen del procedimiento establecido”.

5.1.3. Defecto fáctico: carencia de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se fundamenta la providencia.

5.1.4. Defecto material o sustantivo: (i) decisión basada en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁶; (ii) contradicción o incongruencia evidente entre los fundamentos de la providencia y la decisión misma.

5.1.5. Error inducido: adopción de una decisión judicial vulneratoria de derechos fundamentales, a partir de un engaño proveniente de las partes o terceros, con base en el cual se haya tomado la misma.

5.1.6. Decisión inmotivada: ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en las decisiones judiciales, motivación en la que se sustenta la legitimidad de la función jurisdiccional.

5.1.7. Desconocimiento del precedente constitucional: establecido por la Corte Constitucional el alcance de un derecho fundamental, las decisiones judiciales no pueden limitar dicho alcance en la interpretación de la ley, en garantía de la eficacia jurídica del contenido del derecho fundamental vulnerado, constitucionalmente vinculante¹⁷.

5.1.8. Violación directa de la Constitución: mediante “decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales” (Sentencia C-590 de 2005), y que “involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que [si bien] no se está ante una burda trasgresión de la Carta...”.

5.2. Verificación de presencia de causal específica de procedibilidad en el caso concreto.

Si alguno de los requisitos denominados “especiales de procedibilidad” es predicable del fallo atacado, la tutela está llamada a prosperar, pues ello indica que en efecto, a través de dicha

decisión judicial, se ha vulnerado un derecho constitucional.

5.2.1. Encuentra la Sala que la sentencia atacada no padece de defecto orgánico alguno, pues, a la luz de lo establecido en el numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, es competencia de los Tribunales Administrativos conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos. Por lo demás, en la acción de tutela no se controvierte el tema de la competencia del Tribunal.

5.2.2. Tampoco se puede predicar del fallo impugnado en tutela defecto procedimental absoluto, pues el Tribunal actuó dentro del procedimiento establecido, en su calidad de juez de segunda instancia dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.2.3. No encuentra la Sala que el Tribunal haya incurrido, a través del fallo impugnado, en algún defecto fáctico. La controversia planteada, más que un ejercicio de valoración probatoria, es un asunto de interpretación jurídica sobre las obligaciones de la administración respecto de la motivación de actos administrativos, pero en todo caso, no se detecta desconocimiento alguno de las pruebas obrantes en el proceso. La tutela tampoco se basa en la existencia de un defecto de esta índole.

5.2.4. No se presenta un defecto material o sustantivo. Aunque existe dentro del proceso ordinario contencioso administrativo que culminó con el fallo ahora impugnado en tutela una divergencia interpretativa en relación con normas legales como la Ley 909 de 2004, tales disposiciones existen en el ordenamiento jurídico y no han sido declaradas inconstitucionales. Tampoco detecta la Sala que el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca presente una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

5.2.5. No se plantea en el escrito de tutela una hipótesis de error inducido, en el que la presunta afectación de derechos fundamentales se haya originado en una decisión judicial producto de un engaño al Tribunal que expidió el fallo ahora impugnado. La decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca obedeció a su propia interpretación de los hechos y de las normas aplicables.

5.2.6. El problema jurídico planteado en el caso versa sobre las hipótesis en las que es viable o no la expedición de actos administrativos sin motivación. Pero ello nada tiene que ver con

el hecho de que la sentencia ahora atacada carezca o no de motivación.

5.2.7. En cambio, la Sala encuentra que, por las razones que se explicarán en el acápite siguiente, la sentencia del la Subsección “B” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca -proferida el 19 de marzo de 2009, con ponencia César Palomino Cortés, en la que se resolvió el recurso de apelación propuesto por el INCODER contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el accionante Sergio Grazziani Cristo contra la Resolución 01904 de 2004 del INCODER- desconoce un claro, reiterado y sólido precedente constitucional.

5.3. Conclusión.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoce reiterado precedente, en la medida en que en su decisión limita el alcance que la Corte ha dado, en múltiples casos resolviendo problemas similares, a los derechos constitucionales fundamentales invocados por el accionante.

6. Procedencia de la presente tutela por desconocimiento del precedente.

6.1. Deber de motivación de las insubsistencias de funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera. Reiteración de jurisprudencia.

6.1.1. En numerosos fallos, la Corte Constitucional -en Salas de Revisión y Sala Plena-, ha reafirmado la Protección constitucional al funcionario provisional en cargo de carrera administrativa, de modo que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera no declina por el hecho de encontrarse en provisionalidad¹⁸. En tales casos, la administración sólo podrá desvincularlo por motivos disciplinarios, por baja calificación o porque se provea de manera definitiva la plaza mediante las reglas de concurso¹⁹. Siendo esa la regla general, se deduce que el acto de retiro en estos casos específicos debe ser motivado. Las razones conceptuales de esta regla jurisprudencial se definieron desde la sentencia SU-250 de 1998:

“Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del

principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209. (...) de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso...

[...] La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia. Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía

consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.”

6.1.2. La regla jurisprudencial derivada de este fundamento puede formularse de la siguiente manera: “el deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se extiende a los casos en los cuales el empleado desvinculado se encuentra ocupando el cargo de manera provisional, y la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del trabajador.”²⁰ La falta de motivación del acto expedido en estas circunstancias afecta el debido proceso, en la medida en que limita el derecho de defensa del servidor público.²¹ La ausencia de motivación hace procedente la acción de tutela por razones que la Corte ha explicado en los siguientes términos:

“[...]en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición de un acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que el juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que se suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental...’.

Así las cosas, el deber de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se hace extensivo para desvincular a quien esté ocupando provisionalmente un cargo de esta misma naturaleza. La falta de motivación, de igual forma, constituye una violación al debido proceso.”²²

6.1.3. En algunas ocasiones, al conocer de tutelas contra actos administrativos no motivados

que declararon la insubsistencia de funcionarios que ocupaban en provisionalidad cargos de carrera, la Corte ha ordenado el reintegro de los funcionarios²³. En la mayoría de los casos, sin embargo, la orden ha consistido en imponer a la entidad correspondiente la obligación de expedir nuevamente el acto administrativo de insubsistencia, motivándolo debidamente, para que el funcionario afectado pueda ejercer su derecho de defensa y las acciones judiciales a las que tiene derecho.²⁴ Sobre el fundamento de estas órdenes judiciales, se ha dicho:

“Como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte en múltiples oportunidades la vinculación a los empleos del Estado en provisionalidad es una excepción a la regla general que ordena vinculación por concurso a la carrera administrativa. Así mismo, la jurisprudencia ha establecido que las entidades estatales pueden proveer de manera provisional los cargos para el desarrollo de sus actividades, cuando sus necesidades así lo exijan y para el cumplimiento de los fines constitucionales de eficiencia y celeridad.

Si bien los cargos que se ocupan en provisionalidad no revisten los derechos de estabilidad laboral de la carrera administrativa, estos sí comprenden ciertas garantías. La jurisprudencia ha determinado que una de las garantías exigible en los casos de empleos proveídos en provisionalidad es la debida motivación del acto administrativo que desvincula al funcionario en razón al respeto al derecho al debido proceso:

“la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.”

Al respecto la jurisprudencia de la Corte también ha precisado que “cuando la administración ha decidido nombrar una persona con carácter provisional en un cargo de carrera, no puede proceder a su desvinculación sin que el acto administrativo correspondiente se encuentre motivado si la razón de la desvinculación no es la de que el cargo será proveído por quien ganó el concurso. Esta desvinculación por parte de la administración procedería por motivos disciplinarios, baja calificación, o por los demás motivos de interés que afecten el servicio. La

Corte ha recordado que cuando se trata de desvincular de un cargo de carrera administrativa a un funcionario nombrado en provisionalidad, sin que el cargo vaya a ser proveído por concurso, no se está ante el ejercicio de la facultad de nombramiento y remoción que no requiere de motivación alguna, sino ante un acto administrativo, que dada la calidad y las características del cargo, obliga a la administración a motivar la desvinculación de quien lo ocupe.” 25

“[...] Encuentra la Sala que, tal como de manera reiterada lo ha expresado la Corte, y contrariamente a lo sostenido por la entidad accionada, no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción. Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aún cuando sean ocupados en provisionalidad. En este evento, el retiro del empleado solo puede obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio.

A partir de la anterior premisa, la Corte ha señalado que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “... el acto administrativo de desvinculación de un funcionario que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe justificar la justa causa por la cual se lo separa del mismo, pues los motivos de protección del interés público que pueden aducirse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos.”

Ha precisado la Corte que el acto de desvinculación de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera no es discrecional, razón por la cual, independientemente de las acciones que quepan por la vía de lo contencioso administrativo para la protección de la legalidad y el restablecimiento del derecho, la motivación del acto de desvinculación resulta indispensable desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales

Sobre esa base, la Corte, en distintas oportunidades, ha tutelado el derecho al debido proceso de las personas desvinculadas sin motivación alguna de un cargo de carrera que ocupaban en provisionalidad, y ha ordenado a la entidad respectiva que, si existe una razón

que desde la perspectiva del servicio justifique la desvinculación, profiera el respectivo acto de motivación y que, en caso de no ocurrir ello así, se proceda a reintegrar a la persona declarada insubsistente.” 26

6.1.5. Se concluye entonces que existe una posición jurisprudencial reiterada y consistente según la cual los actos en los que se desvincula a una persona que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera deben ser motivados, pues de lo contrario se presenta una violación del derecho fundamental al debido proceso, que puede corregirse por la vía de la acción de tutela. Esta línea jurisprudencial quedó sintetizada en la T-838/07, en los siguientes términos:

“Con base en la compilación jurisprudencial se puede afirmar que (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos -taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o *in tuitu personae* y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.”

6.2. Procedencia de la tutela cuando se han proferido providencias judiciales ordinarias referidas a la legalidad de la no motivación del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad.

6.2.1. Quedó establecido en el acápite anterior que existe un sólido e inequívoco precedente constitucional en el sentido de considerar que la administración vulnera derechos fundamentales cuando expide un acto administrativo de desvinculación de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, si dicho acto carece de motivación. En tal caso, es posible, por la vía de la acción de tutela, proteger y corregir la vulneración.

Es necesario ahora establecer cuál debe ser el papel del juez de tutela cuando ante esta circunstancia la persona afectada acude a la justicia contencioso-administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y los jueces, en contravía del

precedente constitucional, niegan la nulidad del acto no motivado.

6.2.2. En algunos fallos, la Corte Constitucional ha estimado que si la persona acude en estos casos a la jurisdicción contencioso-administrativa, no es procedente la tutela, por razones que se explicaron en la T-205/09:

“[...] la Corte considera necesario precisar que cuando el afectado con el acto administrativo de desvinculación no motivado emplea la acción de tutela buscando su motivación, habiendo acudido previamente ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir la legalidad de dicho acto, la tutela se torna improcedente. Esta circunstancia se explica al menos por cuatro razones: en primer lugar, porque no se ha visto frustrado el derecho de acceso a la administración de justicia originado en la falta de motivación del acto; en segundo lugar, porque no tendría ninguna relevancia práctica que se ordenara la motivación del acto cuando su propósito era justamente permitir que la persona pudiera utilizar la jurisdicción contencioso administrativa; en tercer lugar, porque en tales circunstancias la protección carece de objeto actual; y, finalmente, porque la actuación del juez de tutela podría interferir en la órbita de competencia funcional del juez administrativo cuando ésta ya se ha activado”.

Con este criterio, en la T-188/09 también se declaró improcedente una tutela basada en hechos como los que aquí se analizan, en los siguientes términos:

“[...] Teniendo en cuenta lo anterior y teniendo en cuenta que la justicia contencioso-administrativa no ha determinado aún, si el perjuicio ocasionado es injustificado o si se trata de una acción legítima, la presente acción de tutela resulta improcedente por vía de excepción.

Por consiguiente, deberá ser rechazada, como pasará a hacerlo esta Sala, no sin antes recordar al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., que la Corte Constitucional ha fallado diversas tutelas contra ese organismo, en el sentido de hacer que la administración motive sumaria pero suficientemente los actos de desvinculación. Tal sería el caso de la sentencia T-064 de 2007, invocada tanto por el demandante como por el demandado en la presente tutela, cuyos hechos se diferencian de la misma, en que allá no se había interpuesto acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo proferido en ese caso.

Por ello, y en tanto en el presente caso, la justicia contencioso administrativa no se ha pronunciado aún, al juez constitucional le resulta vedado inmiscuirse en la esfera de competencia de la justicia contencioso-administrativa e implicaría una actividad judicial que desbordaría su propia competencia constitucional [...].”

Debe señalarse, sin embargo, que en estos dos casos citados, la tutela se declaró improcedente porque la jurisdicción contencioso administrativa aún no había fallado sobre las pretensiones de los accionantes.

6.2.3. En el presente caso, por contraste, el actor, Sergio Grazziani Cristo, presentó la tutela precisamente contra el fallo definitivo de la jurisdicción contencioso administrativa que negó su solicitud de que se declarara nulo el acto de insubsistencia por falta de motivación.

En este caso el juez de tutela se encuentra ante un fallo judicial que desconoce el precedente constitucional explicado en el acápite anterior. Dada esa circunstancia, la tutela es procedente, por que el desconocimiento del precedente es, como ya se explicó, una de las causales de procedibilidad específica de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así lo ha establecido en varias ocasiones la propia Corte Constitucional. En la sentencia T-838/07 se hizo un extenso recuento de los casos en los que procede la tutela cuando el juez ordinario ha desconocido un claro y reiterado precedente sobre el alcance de ciertos derechos constitucionales. Se dijo:

“[...] Esta Corporación, como garante de la Constitución, fija el contenido de ésta a través de su jurisprudencia. Tal contenido puede ser determinado a través de sentencias de constitucionalidad o de tutela. Por medio de las últimas, en virtud del carácter objetivo o de determinación del alcance de los derechos fundamentales que la tutela tiene en sede de revisión.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la

Corporación a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

Dado el tema a que remite el asunto sub judice, la Sala en esta oportunidad sólo se referirá a la última enunciada, esto es, a la procedibilidad de la tutela contra providencias que desconocen la ratio decidendi de sentencias de tutela de la Corte Constitucional.

Pues bien, así como las consideraciones inescindibles de la parte resolutive de sentencias de constitucionalidad atan a los jueces ordinarios en su interpretación, la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corporación también vinculan a los jueces ordinarios en sus providencias judiciales pues, para no desconocer la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales se hace necesario seguir los lineamientos que la Corte Constitucional, como intérprete de la Carta, le ha dado a través del carácter objetivo o unificador de la tutela en sede de revisión.

La Corte al abordar problemas jurídicos semejantes al del presente caso, consideró que el desconocimiento de las providencias de tutela conllevaba una vulneración indirecta de la Constitución y, por tanto, constituía la denominada en su momento vía de hecho.

En efecto, en las dos sentencias de tutela que se reseñan a continuación esta Corporación tuvo que analizar si el desconocimiento del precedente de tutela por parte de jueces que actúan como jueces ordinarios implicaba vía de hecho [...].”

La Corte procedió seguidamente a resumir en detalle lo decidido en la sentencia T-082, en la cual se concedió una tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia que habían desconocido el precedente constitucional sobre la reformatio in pejus. También sintetizó en detalle lo decidido en la T-688 de 2003, en el que un Tribunal Superior se había apartado de los precedentes constitucionales en materia de agotamiento de la vía gubernativa en acción de reintegro por despido de aforados sindicales. En esta T -838/07 que se viene reseñando, la Corte concluyó:

“Así las cosas, el juez ordinario que desconozca los precedentes de tutela deberá proferir una nueva decisión ajustada a éstos, puesto que del desconocimiento se derivó una violación indirecta de la Carta, y un caso omiso de lo dispuesto por el órgano de cierre del sistema judicial en materia constitucional.

Ahora bien: cuando se trata de delimitar el sentido y alcance de derechos fundamentales, el precedente pertinente para el juez ordinario es el establecido por la Corte Constitucional, no el de su superior jerárquico; pero al juez ordinario le es posible apartarse de dichos precedentes, si justifica su propia posición adecuadamente:

“La Sala encuentra que a pesar de que el Tribunal motivó su providencia en la forma reseñada, en tal motivación no hizo ninguna argumentación referente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así las cosas, el contenido considerativo del fallo cuestionado se torna insuficiente a la luz de la Carta.

Si bien esta Corporación ha reconocido que puede existir una separación del precedente, en virtud del respeto a la igualdad ésta debe ser motivada de manera suficiente. Es de recordar que la Sentencia C-037 de 1996 declaró exequible el numeral segundo del artículo 48 de la Ley Estatutaria, sobre el alcance obligatorio de las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela, el cual dice que “su motivación constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. No obstante, dicha exequibilidad fue condicionada “bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.”²⁷

Al aplicar estos criterios generales sobre el carácter vinculante del precedente constitucional al caso de las desvinculaciones no motivadas de funcionarios provisionales en cargos de carrera, la Corte ha explicado que “la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental.”²⁸, y que “en sus providencias, la Corte ha advertido que es consciente que el Consejo de Estado ha expresado también en diversas sentencias que los nombramientos en provisionalidad no requieren de motivación alguna. Al respecto, ha reiterado la Corte que el análisis que practica el Consejo de Estado se fundamenta en la legalidad, mientras que el examen que efectúa esta Corporación se basa en la Constitución y en los derechos

fundamentales. De allí que la Corte sostenga que la falta de motivación de la resolución que declara la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad vulnera el derecho al debido proceso y, de contera, los derechos de defensa, al trabajo y a la estabilidad laboral, en la medida en que no le permite al servidor impugnar ante la justicia las razones de la desvinculación”.²⁹

Al igual que en la ya reseñada T-838/07, en sentencias tales como la T-341/08, la T-186/09 y la T-109/09, la Corte se ha visto obligada a conceder tutelas contra providencias judiciales en firme que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y desconociendo los precedentes constitucionales, negaron la nulidad de actos administrativos que sin motivación alguna desvincularon a funcionarios provisionales que ocupaban cargos de carrera. De modo que no existe sólo un precedente constitucional abundante y reiterado que genéricamente ha considerado que la motivación de ese tipo de actos es constitucionalmente exigible; también un existe un precedente constitucional que específicamente ha considerado que esa regla vincula a los jueces contencioso administrativos.

6.3. Solución del caso concreto.

6.3.1. La Sala da por probado lo siguiente: el accionante ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera en el INCODER; (ii) fue declarado insubsistente mediante Resolución 01904 de 2004, acto administrativo que carecía de motivación³⁰. (iii) promovió acción de nulidad y restablecimiento contra la mencionada resolución de insubsistencia. (iv) el fallo de segunda instancia -que negó la pretensión- desconoce el precedente constitucional reiterado y precisado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, en el sentido de que el acto de desvinculación de un funcionario que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera, debe ser motivado.

6.3.2. El desconocimiento del precedente no se atenúa o desaparece por el hecho de que el Tribunal haya mencionado o traído a colación su existencia. En las ya citadas sentencias T-838/07, T-341/08, la T-186/09 y la T-109/09, la Corte observó que los fallos impugnados vía tutela ni siquiera habían mencionado, así fuera para efectos de justificar su discrepancia, los claros y reiterados precedentes constitucionales sobre la necesidad de motivar, en defensa de claros derechos fundamentales, este tipo de actos administrativos. En el presente caso, el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca trajo a colación la existencia del precedente constitucional, en los siguientes términos: “Para la Sala es claro que en algunos casos la H. Corte Constitucional ha emitido pronunciamiento en el sentido de que los actos de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad deben motivarse. Tal posición asumida por el alto tribunal constitucional carece de efectos vinculantes para la jurisdicción contencioso administrativa”.³¹

Esta alusión escueta no satisface los requisitos fijados por el legislador estatutario -reseñados en el acápite anterior- para que un juez ordinario pueda válidamente apartarse de un precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional en materia de aplicación y delimitación de derechos constitucionales fundamentales. La sola alusión a la existencia del precedente, y la afirmación no explicada y errónea según la cual tal precedente no vincula a la jurisdicción contencioso administrativa, no satisface los criterios de suficiencia y adecuación que le son exigibles al juez ordinario cuando intenta apartarse de un sólido precedente constitucional. El Tribunal, a sabiendas de que el asunto en cuestión incide directamente sobre el derecho al debido proceso, a la defensa y a la estabilidad laboral del accionante, y por lo tanto se relaciona con el alcance de un derecho fundamental constitucional, tenía el deber de explicar con suficientes argumentos constitucionales, las razones por las cuales los precedentes constitucionales cuya existencia admite conocer, no lo vinculaban. El argumento de la diferencia de jurisdicciones que invoca no tiene en cuenta que, precisamente cuando se trata de un asunto que compromete el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario está, en principio, sometido al precedente fijado, no por su superior jerárquico ordinario, sino por la Corte Constitucional, que es el organismo de cierre en materia de interpretación de la Constitución.

Este desconocimiento no justificado del precedente constitucional es una de las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

6.3.3. Así, teniendo en cuenta que en el presente caso al actor se le desvinculó de su cargo provisional sin motivar la decisión, y que el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en desconocimiento no justificado del precedente constitucional directamente aplicable al caso, tomó una decisión que no consultaba dicho precedente, la Sala procederá a revocar los fallos de tutela que negaron el amparo, y ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera una nueva decisión, en la cual tendrá que tener en cuenta el

tantas veces mencionado precedente constitucional.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 13 de agosto de 2009 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por la cual se negó por improcedente la acción de tutela incoada por el ciudadano Sergio Grazziani Cristo contra la Subsección "B" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Cundinamarca, así como el fallo de 11 de noviembre de 2009 por el cual la por la Sección Segunda - Subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación confirmó tal decisión y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Grazziani Cristo.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 19 de marzo de 2009, proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el ciudadano Sergio Grazziani Cristo contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER.

Tercero.- ORDENAR a la Subsección "B" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, que profiera una nueva decisión sobre la demanda presentada por el ciudadano Grazziani Cristo, de acuerdo con los parámetros señalados en la jurisprudencia reiterada de esta Corporación a la cual se hace referencia en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

Impedimento aceptado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-800/98

2 El 7 de julio de 2009.

3 El accionante solicitó a la jurisdicción administrativa se declarara la nulidad de la Resolución 0-1904 del 24 de noviembre de 2004, mediante la cual el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER-, declaró insubsistente su nombramiento como Profesional Especializado, código 3010, grado 18, de la Planta Global de dicho Instituto.

4 Mediante el fallo del 19 de marzo de 2009, de la Subsección "B" de la Sección Segunda del Tribunal.

5 FI 176.

6 No obstante la presente acción de tutela se dirige contra una Sala del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el INCODER presentó escrito dentro del trámite, en el que pidió denegar la tutela.

7 Folio 85. T-2.521.208

8 Folio 124, T-2.521.208

9 Sentencia 173 de 1993

10 Ver entre otras la Sentencia T-315 de 2005

11 Constitución Política, Art. 86.

12 Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000

13 Sentencia T-658 de 1998

14 Sentencias T-088-99 y SU-1219 de 2001

15 C-590 de 2005.

16 Sentencia T-522/01

17 Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

18 T-108/09.

19 T-800/98

20 T-597/04. En el mismo sentido, la T-054/05, T-838/07, T-1011/03, T-1206/94, T-070/06, T-104/09, T-951/04, T-010/07, T-010/08 y otras que se citarán a lo largo del presente fallo. La T-951/04 contiene un recuento exhaustivo de la línea jurisprudencial sobre el particular.

21 T-752/03

22 T-884/01

24 T-610/03

25 T-384/07

26 T-1240/04. En el mismo sentido, la T-104/09: “La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera en cargo de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.”, y la T-109/09.

27 T-838/07

28 T-838/07

29 T-186/09 y T-109/09

30 En el expediente no obra copia de esta resolución, pero la carencia de motivación, afirmada por Grazziani en todas las instancias del proceso contencioso administrativo por él promovido, y en el trámite de la presente tutela, no fue jamás puesta en duda. De hecho, las providencias judiciales la reconocen y, con excepción del Juzgado Administrativo que accedió en primera instancia a las pretensiones de nulidad, todas defienden o justifican la carencia de motivación.

31 Fl 45, expediente T-2.521.208.