

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

El criterio jurisprudencial ha sido claro desde el año de 1998, cuando en la sentencia SU-250 de 1998, analizó ampliamente esta situación. El núcleo del argumento de la Corte se puede resumir así : cuando la Administración, mediante acto administrativo, produce la desvinculación del servicio de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, tal acto debe motivarse, pues, no se está ante el ejercicio de la facultad de los empleos de libre nombramiento y remoción, caso el cual no se requiere motivación alguna. Ha explicado la Corte que la separación del cargo, en estos eventos, sólo puede darse por medio de un acto administrativo motivado o porque se provea el cargo por la persona seleccionada con base en el concurso de méritos. Este criterio obedece a que es la propia Constitución la que indica que los empleos que tienen carácter de libre nombramiento y remoción, en la administración pública, son excepcionales y están taxativamente señalados por el legislador. Por ello, los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción, y de allí surge la obligación de la motivación del acto de desvinculación. Otro punto que ha analizado la Corte, es que de esta manera se proscribe la arbitrariedad. Esta línea jurisprudencial encuentra su apoyo en la defensa de los derechos fundamentales, en especial, al debido proceso. En el presente caso se cumplen los supuestos señalados por la jurisprudencia para conceder el amparo del debido proceso, que fueron transcritos en el punto 3 de esta providencia (sentencia T-257 de 2006), pues (i) la actora fue nombrada en provisionalidad; (ii) el cargo que ocupaba era de carrera; (iii) el acto administrativo no fue motivado; (iiii) no se ha reemplazado por otra persona que hubiere ganado el concurso de méritos, pues, tal como lo expresó la demandada, no se había proferido la ley de carrera.

ACCION DE TUTELA-Imprudencia para reintegro al cargo

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Acción de tutela instaurada por Eddna Lucero Mora Gereda contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y los Delegados Departamentales de Norte de Santander.

Magistrado Ponente :

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., primero (1º) de junio de dos mil seis (2006).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala

jurisdiccional disciplinaria, de fecha 8 de marzo de 2006, en la acción de tutela presentada por Eddna Lucero Mora Gereda contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y los Delegados Departamentales de Norte de Santander.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte, en auto de fecha 27 de abril de 2006 eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

La actora presentó el 16 de enero de 2006, acción de tutela contra la Registraduría del Estado Civil y los Delegados Departamentales de Norte de Santander con el fin de que se le amparen los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, debido proceso y a la honra, por los siguientes hechos.

1. Hechos.

La actora los expone así :

Mediante Resolución no. 077 del 20 de octubre de 2005, suscrita por los Delegados Departamentales, se dio por terminado el nombramiento provisional. Este acto administrativo se profirió sin motivación. En el mismo obran sólo las citas de normas, sin contexto ni relación con los hechos que determinaron la decisión de retirar a la actora del servicio.

Con esta decisión inmotivada, la actora señala que se le vulneró el debido proceso y la posibilidad de defenderse sobre esta decisión.

Afirma que con la pérdida del empleo no puede mantenerse ni a ella misma ni a su compañero permanente, quien depende económicamente de ella, en virtud de la situación de desempleo del municipio de Hacarí.

Además, para la época de la presentación de esta acción, no se le habían pagado las prestaciones sociales.

Su situación económica es muy difícil en razón de las deudas que adquirió, sobre las que ya le han iniciado cobro judicial.

Además, la pérdida del empleo le desencadenó una crisis psicológica y nerviosa, que la ha obligado a buscar tratamiento médico de urgencia, tal como se comprueba con los certificados que adjuntó al escrito de demanda.

Señala que dado el entorno profesional y social del municipio, la terminación intempestiva de la provisionalidad, despertó comentarios que ponen en duda las razones por las cuales

ocurrió, comentarios que aunque infundados, al no existir motivación en el acto de terminación, no ha podido desmentirlos en forma radical.

Pone de presente que no ha contado con los recursos económicos para pagar los honorarios de un abogado experto con el fin de iniciar la acción judicial correspondiente al reintegro. Pero además, algunos abogados le han dicho que teniendo en cuenta la falta de motivación del acto de despido, la demanda es una aventura casi imposible de ganar.

Petición.

La actora le solicita al juez de tutela :

1. Que la Registradora profiera un acto administrativo con las reales circunstancias de modo, tiempo y lugar que originaron la decisión contenida en la Resolución 007 de 2005, expedida por los Delegados Departamentales del Norte de Santander.

2. Que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno igual o superior, mientras se produce la decisión del Tribunal Administrativo.

Aclara que se compromete a presentar dentro del término, la demanda correspondiente contra el acto de despido.

Adjuntó documentos pertinentes a esta acción.

2. Trámite procesal.

El 16 de enero de 2006, el Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander admitió esta demanda, decidió tener como pruebas las aportadas por la actora y decretó oficiar a la entidad demandada para que remita la hoja de vida de la peticionaria, para que se manifieste sobre los hechos y suministre la información necesaria.

3. Respuestas del Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría y de los dos Delegados Departamentales de Norte de Santander.

Las dos respuestas son semejantes. Dada su extensión, se resumen en los siguientes puntos :

Señalan que el artículo 10 del Decreto 1014 de 2000 establece que la provisión de empleos de carrera se hará previo concurso abierto. El artículo 11 del mismo Decreto dijo que los nombramientos tendrán el carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado con el sistema de mérito. El artículo 13 señala que estos nombramientos no pueden exceder los 8 meses.

Transcriben numerosa jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos que exponen el tema de la estabilidad de los funcionarios nombrados en provisionalidad, de donde concluyen lo siguiente :

“- El único mecanismo determinado por la Constitución y la Ley para acceder a un cargo de la administración pública, es el regulado por el artículo 125 de la Constitución Política.

- La vinculación en provisionalidad no genera ni transitoriamente situación alguna de inamovilidad.

- El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera administrativa.

- Los funcionarios nombrados en provisionalidad, no ostentan ningún fuero de estabilidad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

- El retiro del servicio de los provisionales, no está condicionado a la celebración del concurso de méritos.

- El acto administrativo de retiro del provisional, no está sujeto a motivación alguna.” (fl. 67)

Sobre la supuesta violación del debido proceso por la no motivación del acto administrativo que determinó el retiro del servicio, se remiten a la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección , Consejero ponente, Tarcisio Cáceres Toro, en sentencia del 5 de febrero de 2004, en la que se indica en forma clara que la administración en estos casos no debe motivar. Transcriben el siguiente aparte :

“De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que 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 ...” (subrayado en el original)

En consecuencia, consideran que no es aceptable que una tutela pretenda imponer un requisito para la expedición de un acto administrativo.

Sobre el derecho al trabajo se remiten al principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores, lo que implica que no se configura una especie de inamovilidad desligada de la facultad de la administración de evaluar el desempeño de una persona. Se refieren a lo dicho por el Consejo de Estado sobre la facultad discrecional de la administración tanto al efectuar el nombramiento como al momento del retiro. Transcriben lo dicho en la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente, Ana Margarita Olaya Forero, de fecha 12 de febrero de 2004 :

“La facultad discrecional de los empleados provisionales se impone a efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como anteriormente”. (subrayado en el original)

En cuanto a la afirmación de la actora sobre la afectación del mínimo vital, se remitieron a sentencias de la Corte Constitucional sobre el concepto de perjuicio irremediable, dado que la actora tiene otro medio de defensa judicial y el carácter residual de la tutela. Además, la actora está en edad productiva, pudiendo conseguir otra alternativa económica. Tampoco demuestra la vulneración del derecho a la honra y hacen consideraciones sobre la oportunidad de iniciar esta tutela, al señalar que la presentó casi 3 meses después de que ocurrieron los hechos, lo que hace preguntarse si es posible hablar de un perjuicio irremediable y que no hubiera acudido a la jurisdicción contenciosa.

Finalmente, la inactividad de la demandante puede afectar derechos de terceros, porque existe otro servidor que ocupa el cargo, lo que implica que un fallo de esta tutela presentada extemporáneamente podría lesionar el núcleo de sus derechos.

4. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 27 de enero de 2006, el Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, Sala Jurisdiccional disciplinaria, declaró improcedente esta acción de tutela.

En primer lugar señaló que aunque la acción no fue presentada expresamente como mecanismo transitorio, del contexto del escrito se desprende que así debe entenderse, en especial, por la nota que hace sobre el compromiso de adelantar la demanda contra el acto administrativo.

Por lo tanto, examinó si se dan los elementos para la procedencia de esta tutela como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, de conformidad con la

numerosa jurisprudencia que sobre el tema existe y de la que transcribe apartes, para concluir que no se dan las características necesarias, porque no se encontró acreditado que el perjuicio irremediable sea inminente, que requiera adoptar medidas urgentes y que sea grave.

En efecto, lo alegado por la actora en el sentido de que no puede demandar el acto administrativo porque no está motivado no es cierto, pues, precisamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho busca demostrar que no existía razón válida para dar por terminado su nombramiento en provisionalidad o lo que equivale a una insubsistencia. Lo mismo sucede con lo manifestado que no puede contratar un abogado para ejercer la acción contenciosa por falta de recursos económicos, dado que puede solicitar el amparo de pobreza.

De las obligaciones económicas contraídas a título personal por la demandante no se desprende la existencia del perjuicio irremediable.

Sobre los nombramientos en provisionalidad señaló que no son indefinidos y que en el caso de la Registraduría “así no se haya convocado a concurso para proveer el cargo de carrera administrativa, conforme al artículo 13 del decreto 1014 de 2000, los nombramientos en provisionalidad no podrán exceder de 8 meses, por lo que quien así se encuentre vinculado debe hacer las provisiones económicas al vencimiento de este término sin que por ello su terminación pueda ocasionar un perjuicio irremediable y por tanto no puede afirmarse que se afecta el mínimo vital. De acuerdo con constancia que obra en su hoja de vida (fl. 8 anexo 1), la accionante desde el 2 de enero de 2002 venía siendo nombrada en provisionalidad como registradora municipal en varios municipios de este departamento y en todos los casos su nombramiento en provisionalidad se dio por terminado”. (fl. 116)

Los comentarios que pueda hacer la comunidad de Hacarí por la terminación de la

provisionalidad del cargo, tampoco causan un perjuicio irremediable. Ni por el hecho de haber estado sometida a tratamiento médico.

5. Sentencia de segunda instancia.

Impugnada esta decisión por la actora, en sentencia de fecha 8 de marzo de 2006, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala jurisdiccional disciplinaria confirmó la decisión del a quo.

Examinó si no obstante que la actora tiene otro medio de defensa judicial se está ante un perjuicio irremediable, de conformidad con lo dicho por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, llegando a la conclusión que no emerge su existencia de ninguna manera. Ni la actora ni su compañero padecen algún tipo de incapacidad que les impida realizar cualquier actividad que les reporte ingresos. Además, resulta obvio que la pérdida del empleo genere consecuencias que atenten contra el nivel de vida que en un momento dado un empleado lleva, pero la cantidad de deudas a que se hubiere comprometido no puede hacer la diferencia a la hora de verificar si existe un perjuicio irremediable, porque sería tanto como privilegiar a las personas que mayor número de deudas adquiriera.

Señala que ese Consejo está conociendo de numerosas acciones de tutela de funcionarios y empleados de la Fiscalía que hallándose en provisionalidad en cargos de carrera son despedidos de manera inmotivada. Estas acciones se han encontrado precedentes sólo en la medida que se haya demostrado la existencia de un perjuicio irremediable (madres cabeza de familia, personas discapacitadas, etc.), es decir, en cuanto el asunto supere las obvias dificultades económicas.

1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se debate.

2.1 La actora considera que la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, debido proceso y a la honra, al habersele dado por terminado, sin motivación, el cargo que desempeñaba como Registradora municipal en el municipio de Hacarí, Norte de Santander, mediante la Resolución 077 de fecha 20 de octubre de 2005 "Por medio de la cual se da por terminada una provisionalidad", suscrita por los Delegados Departamentales de Norte de Santander.

De conformidad con los documentos que obran en el expediente, la demandante se ha desempeñado en provisionalidad en el cargo de Registradora municipal en varias oportunidades y en otros municipios del Departamento. En el municipio de Hacarí se encontraba desde el 2 de febrero de 2004. La demandante señala que nunca recibió ningún llamado de atención.

La Resolución mediante la cual le terminaron este nombramiento en provisionalidad se profirió sin motivación, sólo se le citaron normas. Afirma que salvo su trabajo, no tiene otros

ingresos para su subsistencia y la de su compañero permanente, quien no tiene trabajo.

Además, adquirió algunas deudas que ahora se ve imposibilitada de pagar, lo que aunado a los comentarios que se han generado en la localidad por su retiro intempestivo, han vulnerado su buen nombre. Y se le han generado problemas de salud.

Manifiesta que no desconoce que existe otro medio de defensa judicial, pero que al no haberse motivado el acto administrativo, no puede acudir a la jurisdicción competente para adelantar las acciones respectivas.

En resumen, considera que se encuentra ante un perjuicio irremediable y se le ha violado el debido proceso.

Por consiguiente, pide que el juez de tutela ordene motivar el acto administrativo de terminación de la provisionalidad y que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno igual o superior.

2.2 La Registradora Nacional del Estado Civil y los Delegados de la Registraduría se opusieron a esta acción de tutela. En sus escritos coincidieron en citar numerosos apartes de sentencias del Consejo de Estado sobre la jurisprudencia actual de esa Corporación en relación con los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, que consiste básicamente en que para el Consejo de Estado la discrecionalidad para proceder al retiro de los empleados provisionales en cargo de carrera y su tratamiento es semejante al que ocurre con los empleos de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, el acto de insubsistencia no requiere ser motivado. Es decir, no deben expresar las causas del retiro.

2.3 Los jueces que conocieron de esta acción de tutela coincidieron en señalar que aunque la actora no lo dijo expresamente, del contenido de su escrito se desprende que esta tutela la presentó como mecanismo transitorio, y, en tal virtud, había que analizar si la situación de la actora se encuadraba en lo que ha dicho la Corte sobre el perjuicio irremediable. Concluyeron que no existían pruebas que ello fuera así, por lo que no era procedente la acción de tutela. Además, señalaron que la demandante tiene otro medio de defensa judicial, al que puede acudir dentro del término legal previsto en la ley.

2.4 De acuerdo como están planteadas las cosas, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional justificará brevemente esta providencia, pues se trata de un asunto sobre el cual existe una clara línea jurisprudencial en relación con la exigencia de la motivación del acto de terminación o de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera, y la procedencia de la acción de tutela, para efectos de la motivación. Así como la improcedencia, como regla general, para ordenar el reintegro.

3. El acto administrativo por el cual se da por terminada o se declara la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera debe ser motivado. Reiteración de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en muchas otras oportunidades respecto del tema ahora en discusión : si el acto administrativo mediante el cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera debe ser o no motivado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El criterio jurisprudencial ha sido claro desde el año de 1998, cuando en la sentencia SU-250 de 1998, analizó ampliamente esta situación. El núcleo del argumento de la Corte se puede resumir así : cuando la Administración, mediante acto administrativo, produce la desvinculación del servicio de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, tal acto debe motivarse, pues, no se está ante el ejercicio de la facultad de los

empleos de libre nombramiento y remoción, caso el cual no se requiere motivación alguna. Ha explicado la Corte que la separación del cargo, en estos eventos, sólo puede darse por medio de un acto administrativo motivado o porque se provea el cargo por la persona seleccionada con base en el concurso de méritos. Este criterio obedece a que es la propia Constitución la que indica que los empleos que tienen carácter de libre nombramiento y remoción, en la administración pública, son excepcionales y están taxativamente señalados por el legislador. Por ello, los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción, y de allí surge la obligación de la motivación del acto de desvinculación. Otro punto que ha analizado la Corte, es que de esta manera se proscribe la arbitrariedad. Esta línea jurisprudencial encuentra su apoyo en la defensa de los derechos fundamentales, en especial, al debido proceso.

Esta es la jurisprudencia de la Corte que permanece invariable, tal como se puede ver en las últimas sentencias que sobre este tema ha proferido en el presente año, a cuyas consideraciones es pertinente remitirse : T-024, T-070, T-081, T-156 todas de 2006. Lo propio ocurre con las de años anteriores, tales como las sentencias T-132 de 2005, T-392 de 2005, T-597 de 2004, T-610 de 2003, SU-250 de 1998, entre muchas otras.

Especial mención merecen las consideraciones que obran en la sentencia T-951 del 2004, MP, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se realizó un recuento de la línea jurisprudencial de la materia, a partir de la sentencia SU-250 de 1998. Resulta importante resaltar que en esta providencia se mencionó la posición que sobre este tema tiene el Consejo de Estado, que es el punto en que se apoya la entidad demandada para oponerse a la presente acción de tutela, ya que el Consejo de Estado considera que en esta clase de desvinculaciones no hay lugar a motivar el acto administrativo.

La sentencia T-951 que se menciona, señaló que estas dos posiciones, la de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, no son incompatibles sino que obedecen al examen desde perspectivas distintas, en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales.

Dijo esta providencia lo siguiente :

“Al conceder la acción de tutela, la Corte resaltó que la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable.” (sentencia T-951 de 2004)

De otro lado, es de observar que la Corte ha dicho que es la acción de tutela el único mecanismo de defensa judicial para que la Administración profiera el acto de desvinculación motivado, siempre y cuando se den determinadas condiciones que se encuentran resumidas en la sentencia T-257 de 2006, así:

“En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha reconocido que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial para que la Administración produzca la motivación del acto administrativo de desvinculación y, por lo tanto, en esos eventos, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos.¹

Esta Sala ha reiterado² que para conceder el amparo del derecho al debido proceso por falta de motivación deben cumplirse los siguientes supuestos: (i) que se trate de un funcionario

nombrado en provisionalidad; (ii) que el cargo que se ocupe sea cargo de carrera administrativa; (iii) que sea posteriormente desvinculado mediante un acto administrativo no motivado; (iv) que se haya remplazado por un funcionario también nombrado en provisionalidad. La acción de tutela sería el mecanismo judicial idóneo para ordenarle a la administración que cumpla con la obligación de motivar su decisión y de esa forma garantizar los derechos constitucionales del funcionario afectado, entre ellos el derecho a acceder a la justicia contencioso administrativa, para controvertir el acto motivado de desvinculación.” (sentencia T-257 de 2006, MP, doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

Entonces, despejado el punto de la jurisprudencial de la Corte respecto de la eventual procedencia de la acción de tutela en lo concerniente a lograr la motivación del acto administrativo, en los casos de desvinculación de quien ha sido nombrado en un cargo en provisionalidad, a continuación, debe aludirse a la jurisprudencia respecto a la solicitud de reintegro a través de la acción de tutela.

4. Jurisprudencia de la Corte sobre la improcedencia de la acción de tutela para ordenar el reintegro. Regla general.

Así como ha sido clara la jurisprudencia de la Corte en relación con decidir cuándo el acto de desvinculación debe ser motivado y, en consecuencia, si es procedente la tutela por este aspecto, también lo ha sido sobre la improcedencia para ordenar el reintegro al cargo, salvo circunstancias debidamente probadas que se están desconociendo derechos fundamentales.

En efecto, ha señalado la Corte que cuando la pretensión de quien acude en acción de tutela es para lograr el reintegro, la tutela es improcedente porque, en principio, es a través de la

acción de nulidad y restablecimiento del derecho la forma jurídica que el interesado puede lograr tal propósito.

Por ello, se ha dicho que “es dable admitir que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público desvinculado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente precavido”. (sentencia T-070 de 2006, MP, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra). A esta conclusión se llegó en esta sentencia como resultado del recuento de lo que ha dicho la Corte de tiempo atrás. Por lo tanto, es ilustrativo transcribir el siguiente aparte :

“4. Improcedencia general de la tutela para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación y para obtener el reintegro del servidor público

Siguiendo los lineamientos teóricos expuestos arriba, la jurisprudencia de la Corte es unívoca al señalar que, en principio, la acción de tutela es improcedente para impugnar la legalidad de un acto administrativo por el que se ha dispuesto la desvinculación de un funcionario del Estado, así como tampoco procede para obtener el reintegro del servidor público que ha sido desvinculado.

En primer lugar, al ser la acción de tutela una acción subsidiaria, sustituta frente a la inexistencia o inoperancia de los medios ordinarios de defensa, la Corte Constitucional ha sido enfática al advertir que aquella no puede utilizarse como mecanismo principal para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación, pues para tal fin el legislador ha dispuesto la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho -posterior además al agotamiento de los recursos de la vía gubernativa- acción

en la que también se puede solicitar la suspensión provisional de la decisión. Sobre el particular, la Corte sostuvo que “la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc.) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”³

Sobre el mismo particular, en Sentencia SU-544 de 2001, la Corte manifestó:

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto (Sentencia SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

El fundamento de dicha posición radica en la necesidad de mantener en orden las competencias jurisdiccionales y de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario:

“la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional

respectivo” (Sentencia T-575 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Ahora bien, en segundo lugar, además de que la tutela no es el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo. Sobre este tópico la Corte sostuvo, por ejemplo, en la Sentencia SU-250 de 1998 que “la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo”⁴. La misma tesis fue objeto de reiteración en la Sentencia T-756 de 1998, en donde el Tribunal preceptuó que la acción procedente para obtener el reintegro del servidor del Estado es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Para reclamar reintegro, existe otro procedimiento, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable (Sentencia T-576 de 1998).

Así, para concluir, es dable admitir que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público desvinculado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente precavido.” (sentencia T-070 de 2006, MP, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra).

Estos criterios también se han expuesto también en las sentencias T-1240 de 2002, T-610 de

2003, T-132 de 2005, 951 de 2004, entre otras.

5. El caso concreto.

En el caso concreto se observa que la actora fue nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera. La ley que regula la carrera administrativa en la Registraduría Nacional del Estado Civil no ha sido expedida, lo que implica que no se puede realizar el concurso de méritos para su ingreso. Así lo señala la parte considerativa de la Resolución 007 de 2005. Este acto de desvinculación no sólo no fue motivado, sino que en el mismo se explica que no se requiere hacerlo de conformidad con la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de fecha 5 de febrero de 2004, que dice 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.”

Esta Resolución también cita otras decisiones en igual sentido de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Siendo ello así, en el presente caso se cumplen los supuestos señalados por la jurisprudencia para conceder el amparo del debido proceso, que fueron transcritos en el punto 3 de esta providencia (sentencia T-257 de 2006), pues (i) la actora fue nombrada en provisionalidad; (ii) el cargo que ocupaba era de carrera; (iii) el acto administrativo no fue motivado; (iiii) no se ha reemplazado por otra persona que hubiere ganado el concurso de méritos, pues, tal como lo expresó la demandada, no se había proferido la ley de carrera.

Entonces, se concederá la acción de tutela sólo por este aspecto.

En cambio no se concederá respecto de la solicitud de reintegro al empleo que desempeñaba o a otro igual o superior, porque, tal como lo explicaron los jueces de instancia no está demostrado que el perjuicio sea irremediable, lo que implique adoptar medidas urgentes por el juez de tutela, con el fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales. Se comparten, en este aspecto, las consideraciones y análisis de la situación planteada por la demandante y a la conclusión que llegaron, en especial, sobre el otro medio de defensa judicial que tiene la actora.

En conclusión : de conformidad con la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional, se confirmará parcialmente la sentencia objeto de revisión. Es decir, se concederá la acción de tutela sólo en relación con la violación del debido proceso por no haberse motivado el acto administrativo de desvinculación. Para tal efecto, se ordenará a los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil que a través de un acto administrativo expliquen las razones por las cuales se desvinculó a la actora. En cambio, no se concederá la tutela respecto de la pretensión de ser reintegrada al cargo que desempeñaba u otro igual o superior, por cuanto, tal como lo explicaron los jueces de instancia, no está demostrado que se encuentre ante un perjuicio irremediable, y, además, tiene a su alcance acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE :

Confirmar parcialmente la sentencia del 8 de marzo de 2006, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala jurisdiccional disciplinaria, en la acción de tutela presentada por Eddna Lucero Mora Gereda contra la Registraduría Nacional del Servicio Civil y los Delegados Departamentales del Norte de Santander, así : se confirma la sentencia en cuanto el ad quem decidió denegar la acción de tutela en relación con la pretensión de reintegro, porque la actora tiene a su alcance otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción competente y no se demostró que se encuentre frente a un perjuicio irremediable. Se revoca la sentencia en mención y se concede la acción de tutela para ordenar la expedición de otro acto administrativo en el cual se motive la decisión de desvinculación de la actora, con el fin de proteger el derecho al debido proceso de la demandante.

Por lo tanto, se ordena que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, los Delegados Departamentales del Norte de Santander de la Registraduría Nacional del Estado Civil expidan un acto administrativo motivado, con las razones por las cuales se desvinculó a la actora, con el fin de que ella pueda acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver, entre otros, las sentencias T-1240 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-031 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-610 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

2Ver, entre otras, sentencia T-132 de 2005, MP: Manuel José Cepeda Espinosa. T-1323 de 2005, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

3 Sentencia T-343 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

4 Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero