

Sentencia T-580/08

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución jurisprudencial

PRECEDENTE JUDICIAL-Presupuestos para la correcta utilización

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos

Referencia: expediente T- 1549948

Acción de tutela instaurada por Alberto Sigifredo Chamorro Rivas contra la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Nariño y la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las sentencias de tutela dictadas por las Salas Cuarta y Quinta del Consejo de Estado

I. ANTECEDENTES.

El accionante considera que la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado violó su derecho fundamental al debido proceso y sus derechos de carrera judicial mediante la adopción de su sentencia del 1 de diciembre de 2005, mediante la cual se confirmó un fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño en un proceso de carácter laboral. Los hechos que soportan la petición de amparo son los siguientes:

1. Manifiesta el peticionario que dentro del expediente del proceso laboral existe la resolución núm. 0058 del 8 de noviembre de 1988, proferida por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial Seccional Nariño, por medio de la cual se le inscribió en la carrera judicial. Pese a lo anterior, la autoridad judicial accionada “acepta conocerla, pero no le da el valor de prueba que se pide, incluso en la pagina 17 de la providencia motivo de esta acción de tutela, incurre en una contradicción, ya que se asegura que no se encuentra demostrado que el actor hubiese estado amparado por el fuero de carrera”.

1. Asegura que la resolución textualmente dice que el Consejo Seccional de la Judicatura resuelve “INSCRIBIR en la CARRERA JUDICIAL al doctor ALBERTO SIGIFREDO CHAMORRO RIVAS identificado con la cédula de ciudadanía número 17.054.480 de Bogotá, en el cargo de JUEZ DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL del Distrito Judicial de Pasto, Grado 17 en propiedad”.

1. Asegura que tampoco se le acordó valor probatorio a un documento expedido por la Profesional Universitaria I Analista de Personal de la Fiscalía General de la Nación Seccional Nariño, en el cual se asegura que “El Doctor CHAMORRO RIVAS fue escalafonado en Carrera Judicial como Juez de Instrucción Criminal y como tal fue calificado de la siguiente manera...”.

1. Las anteriores pruebas, según el peticionario, indican que se trataba de un funcionario con “FUERO DE CARRERA JUDICIAL”. Por el contrario, el Consejo de Estado estimó que se encontraba vinculado provisionalmente “y esa vinculación no le daba ninguna estabilidad”.

1. Sostiene que su demanda laboral apuntaba a señalar que tenía fuero de carrera judicial desde cuando se desempeñaba como juez de instrucción criminal y que en esas condiciones, por mandato constitucional y legal, pasó como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de Pasto; “su declaración de insubsistencia como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, el cual se ejercía de manera provisional debía ser motivada...y esto, con el debido respeto, fue lo que no entendió el Tribunal Administrativo de Nariño y ahora la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B del H. Consejo de Estado”.

1. Insiste en que el Consejo de Estado no tuvo en cuenta la inexistencia de resolución alguna que indicase que el accionante, durante el tiempo en que se desempeñó en provisionalidad como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, hubiera perdido sus derechos de carrera.

1. Agrega que, en los términos de la sentencia C- 1381 de 2000, el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia debía ser motivado; motivo por el cual el Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho por desconocimiento del derecho al debido proceso.

1. En cuanto a la desviación de poder, alega el accionante que el Consejo de Estado sostiene en su sentencia que se allegaron las hojas de vida del actor y de su reemplazante, “y que con ellas no se demostró que la intención del nominador no fuera otra que la de velar por el buen servicio público. Lo cual con el debido respeto, no es cierto, ya que la hoja de vida de la reemplazante, tal y como lo manifesté en mi escrito de apelación, indica que ésta no cumplía con los requisitos exigidos por la ley para el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial y por lo tanto insisto, la intención del Fiscal General de la Nación de ese entonces, no era el mejoramiento del servicio”.

2. Respuestas de las autoridades públicas accionadas.

La doctora Gina Astrid Salazar Landínez, obrando en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, intervino en el proceso de la referencia para oponerse a la petición del señor Chamorro Rivas.

La postura de la Fiscalía se apoya en algunos fallos proferidos por la Corte Constitucional, según los cuales la interpretación razonable de normas jurídicas no constituye una vía de hecho. Así pues, en el caso concreto, el peticionario pretende imponer su particular criterio hermenéutico sobre los hechos expuestos en la acción de tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez ordinario sobre dicho tema, de manera concienzuda y apegada al ordenamiento jurídico, “donde se explicó de manera clara, concisa y congruente los motivos constitucionales y legales que determinaron la improcedencia de la acción por cuanto el Tribunal límite de lo contencioso administrativo no encontró probado derechos de mejor alcance jurídico en el campo administrativo laboral, que enervaran la actuación de la administración en esto (sic) caso de la Fiscalía General de la Nación”.

Las autoridades judiciales accionadas, por su parte, no se pronunciaron sobre la petición de amparo.

3. Decisión de Primera Instancia.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de octubre de 2006, negó el amparo solicitado por las siguientes razones.

En Colombia no se concibió la acción de tutela contra decisiones judiciales, contrario a lo que sucede en México con el recurso de amparo, dado que de conformidad con el artículo 4º de la Constitución, los jueces están en la obligación de aplicar los preceptos constitucionales y, desde luego, de proteger los derechos fundamentales en los asuntos sometidos a su decisión. Así las cosas, carece de sentido pensar en una doble jurisdicción para el mismo fin.

En conclusión “la acción de tutela no procede contra providencias judiciales ni cuando se argumente que la decisión judicial configura una vía de hecho o que el juez ha cometido errores protuberantes o groseros, pues, semejantes calificaciones se traducen en interpretaciones y criterios eminentemente subjetivos, que dependerán, en caso, del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro”.

4. Impugnación.

El accionante presentó un escrito impugnatorio señalando que no pretende una nueva instancia de su caso, pero que “la demanda (hechos, concepto de violación, pruebas, recurso de apelación), contienen hechos verídicos, imposibles de ocultar, que desafortunadamente, insisto, por falta de lectura, no fueron tenidos en cuenta al momento de fallar por el juez de instancia”.

En tal sentido, aduce que el fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado se remite únicamente a considerar que en el evento del nombramiento en provisionalidad, ésta no otorga ninguna estabilidad; “posición que comparto y conozco, ya que fue precisamente el Honorable Magistrado DR. TARCICIO CÁCERES quien unificó esa jurisprudencia; pero esa consideración, jamás fue objeto de la demanda, que se impetró ante la Jurisdicción Administrativa”.

5. Decisión de segunda instancia.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante providencia del 14 de diciembre de 2006, confirmó el fallo proferido por la Sección Cuarta de la misma Corporación, por los siguientes motivos.

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales desapareció del ordenamiento jurídico colombiano, cuando las normas sustanciales (artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991) que la establecían fueron declarados inexecutable mediante sentencia C- 543 de 1992, providencia dictada en ejercicio del control de constitucionalidad, “y por lo tanto hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 243 de la Constitución Política”.

6. Pruebas.

En el expediente obran las siguientes pruebas documentales pertinentes:

- Petición de amparo elevada por el Señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas mediante apoderado.
- Demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el accionante

ante el Tribunal Administrativo de Nariño.

- Resolución núm. 0- 0523 del 17 de mayo de 2001 mediante la cual el accionante es declarado insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito.

- Certificación expedida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Distrito de Pasto.

- Resolución núm. 0058 del 8 de noviembre de 1988, por medio de la cual se inscribe en carrera judicial al señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas.

- Resolución número 0-0213 del 1º de febrero de 1996, mediante la cual el accionante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Fiscal ante el Tribunal de Distrito Judicial.

- * Contestación de la demanda presentada por la Fiscalía General de la Nación.

- * Sentencia proferida el 12 de marzo de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

- Escrito de apelación presentado por el accionante contra la providencia adoptada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

- Sentencia proferida el 1º de diciembre de 2005 por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

- Sentencia proferida el 19 de octubre de 2006 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual negó el amparo solicitado.

- Sentencia emitida el 14 de diciembre de 2006 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual confirmó el fallo proferido por la Sección Cuarta de la misma Corporación.

7. Vinculación al Tribunal Administrativo de Nariño.

El Despacho, mediante auto del 19 de mayo de 2008, decidió vincular al presente proceso al

Tribunal Administrativo de Nariño.

En escrito radicado en la Secretaría de la Corte el 30 de mayo de 2008, la Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela indicando lo siguiente.

Insiste en que el Tribunal siguió la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en materia de cargos en provisionalidad, los cuales no gozan de ningún tipo de estabilidad.

Finalmente, reitera que no incurrió en causal alguna de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar y decidir la presente acción de tutela.

2. Problemas jurídicos.

El presente caso se trata de un funcionario que había ingresado a la carrera judicial antes de 1991. Luego fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito. Posteriormente, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior y declarado insubsistente sin motivación alguna. Decidió entonces demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Nariño, instancia judicial que denegó las pretensiones de la demanda por considerar que el peticionario no contaba con ninguna clase de estabilidad en el cargo, providencia que fue confirmada por el Consejo de Estado.

Presentada la situación fáctica la Sala reiterará su jurisprudencia en cuanto a los siguientes aspectos: (i) causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; y (ii) la motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad. De igual manera, tomará en

consideración lo decidido en sentencia C- 1381 de 2000, según la cual el hecho de que un cargo de carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación sea ocupado por un funcionario perteneciente a ésta, mediante la modalidad de nombramiento en provisionalidad, no puede conllevar la consecuencia de excluirlo de dicha carrera; por último, resolverá el caso concreto.

3. Causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución jurisprudencial. Reiteración.

Procede esta Sala de Revisión a estudiar las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado esta Corporación¹ en torno a lo que en los primeros años se denominó vías de hecho y que posteriormente se calificó como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sala Plena de la misma adoptó dicha decisión tras considerar que las disposiciones referidas contravenían la Carta Fundamental en tanto eran contrarias al principio de autonomía funcional de los jueces, afectaban la estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones, lesionaban en forma grave la cosa juzgada y la seguridad jurídica y el interés general.

No obstante, la doctrina acogida por esta misma Corte ha determinado que la acción de tutela resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados mediante defectos que hagan procedente la acción de tutela por parte de las autoridades públicas y, en particular, de las autoridades judiciales.

En sentencia T-231 de 1994 se establecieron cuáles eran los defectos que hacían posible la procedencia excepcional de la solicitud de tutela contra providencias judiciales por configurar vías de hecho. Dicho fallo estableció que estos defectos eran: (i) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (ii) defecto fáctico, que tiene lugar cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (iii) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que

profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (iv) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

En sentencia T-327 de 1994, la Corte precisó los requisitos que deben ser verificados en cada caso concreto a fin de determinar la procedencia de la tutela contra una actuación judicial. Estos deben ser, de conformidad con la jurisprudencia: (i) que la conducta del juez carezca de fundamento legal; (ii) que la actuación obedezca a la voluntad subjetiva de la autoridad judicial; (iii) que conlleve la vulneración grave de los derechos fundamentales; y, (iv) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, o que de existir, la tutela sea interpuesta como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable; o que, de la valoración hecha por el juez constitucional surja que el otro mecanismo de defensa no es eficaz para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado².

Posteriormente, en sentencia T-462 de 2003 se elaboró una clara clasificación de las causales de procedibilidad de la acción. En dicho fallo, la Sala Séptima de Revisión indicó que este mecanismo constitucional resulta procedente únicamente en aquellos casos en los cuales, con ocasión de la actividad jurisdiccional, se vean afectados los derechos fundamentales al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) violación directa de la Constitución y, (vi) desconocimiento del precedente.

a. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, pues el juez constitucional no puede analizar hechos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponden a otras jurisdicciones.

b. Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁴. De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.

c. La verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este último caso, se ha determinado que no es procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el transcurso del tiempo es tan significativo que sería desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la

acción de tutela.

d. Cuando se presente una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales del actor.

e. El actor debe identificar los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, y éstos debió alegarlos en el proceso judicial, si hubiese sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela, porque la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida.

Así mismo, se han estructurado los requisitos especiales de procedibilidad⁵ de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se relacionan con el control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y están asociados con las actuaciones judiciales que conllevan una infracción de los derechos fundamentales. En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 se redefinió la teoría de los defectos, así:

a. Cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece de competencia, defecto orgánico.

b. Defecto procedimental, se presenta cuando la violación de la Constitución y la afectación de los derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de procedimiento.

c. Cuando la vulneración de los derechos fundamentales se presenta con ocasión de problemas relacionados con el soporte probatorio de los procesos, como por ejemplo cuando se omiten la práctica o el decreto de las pruebas, o cuando se presenta una indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho (defecto fáctico).

d. Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a la denominada vía de hecho por consecuencia⁶.

e. Cuando la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que se

refiere a la decisión misma y que se contrae a la insuficiente sustentación o justificación del fallo.

g. Desconocimiento del precedente, esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior no es obstáculo para que en virtud de los principios de autonomía e independencia de la labor judicial, los jueces de tutela puedan apartarse del precedente constitucional, pero en tal evento tendrán la carga argumentativa, es decir, deberán señalar las razones de su decisión de manera clara y precisa para resolver el problema planteado.

En relación a la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: “Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

Por último, cabe destacar que sólo el desconocimiento de los precedentes sentados por la Sala Plena de esta Corporación puede dar lugar a una nulidad de un fallo de tutela adoptado por una Sala de revisión por la causal de cambio de jurisprudencia, tal como ha manifestado de manera reiterada esta Corte, de allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional, tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión⁷.

h. Cuando la decisión del juez se fundamenta en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución o cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se presente solicitud expresa de su declaración, por alguna de las partes en el proceso⁸.

La aplicación de esta doctrina constitucional, tiene un carácter eminentemente excepcional, por virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela. Por esta razón, las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales deben estar presentes en forma evidente y ser capaces de desvirtuar la juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento⁹.

Además de lo anterior, para que la solicitud de amparo sea procedente en estos casos, debe darse cumplimiento al mandato según el cual ésta sólo procede en ausencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial, o para efectos de evitar un perjuicio irremediable. En las sentencias T-639 de 2003 y T-996 de 2003, esta Corporación resumió los requisitos de tipo formal para la procedencia de la acción de tutela, así:

“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se pretende prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial.

“b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción.

“c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es necesaria la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional.”

4. El acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado. Reiteración de jurisprudencia.

La necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, ha sido un asunto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera insistente y reiterada. Ha subrayado esta Corporación que, fuera de las actuaciones expresamente exceptuadas por la Ley, todo acto administrativo debe ser motivado, al menos, de manera sumaria¹⁰. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado Social de Derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación¹¹.

En tal sentido, la Corte ha subrayado también cómo la motivación de los actos administrativos es indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso y se relaciona estrechamente con la publicidad de los actos. Una actuación secreta o reservada impide ejercer el derecho de contradicción. Salvo las excepciones previstas por la Ley, el retiro debe ser siempre motivado.

En efecto, la ley prevé que, en ciertos casos, no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador¹².” Esta clase de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación¹³.”

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución¹⁴.” Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos

constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno¹⁵.”

Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Las personas que acceden a estos cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder pueden ocupar un puesto de carrera. La provisión de aquéllos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley¹⁶. En tal sentido, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

De igual manera, la ley prevé que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹⁷. En numerosas ocasiones¹⁸ y recientemente en sentencias T- 222 de 2005y T- 123 de 2007, la Corte Constitucional consideró que:

“pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que ‘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’. Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar¹⁹ .”

Los actos por medio de los cuales se desvincula a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del

debido proceso. Esto lo subraya la Corte Constitucional en la sentencia de Sala Plena SU- 250 de 1998 cuando establece²⁰ que la motivación es un requisito indispensable para que pueda operar en debida forma el control sobre los actos administrativos. La falta de motivación, a juicio de esta Corporación, obstruye el acceso a la justicia en contravía con lo dispuesto por el artículo 229 superior. De tal suerte que, cuando se retira a una persona del cargo sin mediar motivación se pone al afectado en situación de indefensión y se desconocen, de paso, sus derechos derivados del artículo 29 de la Constitución que incluyen: el “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.”

En este orden de ideas, enfatiza la Sala Plena que la garantía consignada en el artículo 29 superior abarca el principio medular de la 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.” Agrega la Sala, más adelante, que “[n]o es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.”

No sobra recordar en este lugar que, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. No basta, por tanto, llenar páginas con información, doctrina o jurisprudencia que poco o nada se relacionan con el asunto en particular y luego en uno o dos párrafos decir que “por los motivos expresados” se procederá a desvincular al funcionario.

Es necesario reparar una vez más en el sentido y en el alcance que tiene la motivación para quienes serán desvinculados de un cargo al que la ley le confiere características de estabilidad, justamente por cuanto quienes los ocupan – así sea de modo temporal – cumplen con los méritos exigidos para tales efectos. El papel relevante de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se procede a desvincular funcionarios que ocupan de modo permanente o transitorio un cargo de carrera ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones y más recientemente en sentencias T-552 de 2005 y T-132 de 2007.

En esas oportunidades indicó la Corte cómo el artículo 209 superior determina el principio de publicidad de las actuaciones que se adelantan ante la administración pública. Existe, como se indicó, un nexo estrecho entre la exigencia de motivar los actos administrativos de desvinculación de cargos de carrera – hayan sido estos ocupados de manera permanente o pasajera – y el principio de publicidad. En tal sentido, expresó esta Corporación:

“el deber de motivar tales actos representa una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.”

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.”

“así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo 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 mismo²².”

De lo expuesto se deriva la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha conferido, en general, a la necesidad de motivar los actos administrativos y, en particular, a los actos orientados a desvincular funcionarios que ocupan cargos de carrera, cuestión que se extiende también a los procesos de desvinculación de personas que ocupan tales cargos en provisionalidad. De manera repetida ha establecido la Corte Constitucional que la acción tutela constituye una vía idónea para ordenar la motivación del acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente una funcionario nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, lo anterior con el propósito de garantizar el derecho

constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.

Por último, es preciso traer a colación la sentencia C- 279 de 2007, referente a los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”. En dicha oportunidad, la Corte examinó si las mencionadas normas vulneraban los derechos constitucionales protegidos por el régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación en la medida en que permiten que los funcionarios de dicha Entidad sean nombrados en provisionalidad en cargos de carrera que deberían haber sido provisto por concurso y luego retirados de dichos cargos de manera discrecional. Esta Corporación resolvió lo siguiente:

“Primero.- Declarar exequible el inciso primero del Artículo 70 de la Ley 938 de 2004 en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.

Segundo.- Declarar exequible el inciso segundo del artículo 70 y el inciso segundo del artículo 76 en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas en los términos del apartado correspondiente de esta sentencia.

En cuanto a las razones de la decisión, la Corte resaltó que en virtud del artículo 249 de la Constitución la Fiscalía General de la Nación, “forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal” y así mismo, el artículo 125 de la Carta establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, por lo que es imperativo garantizar el acceso a los cargos de la misma mediante un concurso de mérito lo que propende por la independencia de los fiscales. Lo anterior se vuelve aún más relevante dada la aplicación del nuevo sistema penal acusatorio.

En el mencionado fallo se alude igualmente a la sentencia T-131 de 2005 en la cual se había ordenado la realización del concurso de mérito para el acceso a los cargos en la Fiscalía. Al respecto, la Corte constató que si bien se ha avanzado en dicho proceso éste no ha culminado. Sin embargo, el artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002 dispone que “el nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008”. Por lo tanto, el inciso primero del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 se declaró exequible en el

entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.

En lo que se refiere a la provisión de cargos en provisionalidad, la Corte resaltó que éstos no tienen la misma estabilidad que los cargos de carrera, pero los funcionarios designados en provisionalidad tampoco pueden ser removidos de manera absolutamente discrecional sin motivar de manera específica y para cada caso concreto las razones de dicha desvinculación. Los motivos invocados para justificar la desvinculación deben ser atinentes a razones del servicio para evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos. Al respecto, la Corte resaltó el hecho de que en múltiples sentencias de tutela así lo había ordenado para respetar el derecho al debido proceso de estos funcionarios y garantizar que puedan ejercer su derecho a la defensa contravirtiendo si lo desean las razones específicas de su desvinculación.

De acuerdo a lo anterior la Corte declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 y del inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas en los términos del apartado correspondiente de esta sentencia.

5. El hecho de que un cargo de carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación sea ocupado por un funcionario perteneciente a ésta, mediante la modalidad de nombramiento en provisionalidad, no puede conllevar la consecuencia de excluirlo de dicha carrera.

La Sala de Revisión estima pertinente para el examen de caso concreto remitirse a lo decidido por la Corte en sentencia C- 1381 de 2000. En dicha oportunidad se demandó en acción pública de inconstitucionalidad la siguiente expresión:

DECRETO LEY 261

(Febrero 22)

“Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras

disposiciones”

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º numeral 3 de la Ley 573 del 7 de febrero de 2000 y oído el concepto del Fiscal

TITULO VI

DE REGIMEN DE CARRERA

Capítulo Séptimo

Del retiro de la carrera de la Fiscalía General de la Nación

“Artículo 129. La exclusión de la carrera de la Fiscalía de los funcionarios y empleados se produce por causas genéricas del retiro del servicio y la calificación de los servicios no satisfactoria. Así mismo, quedará excluido del régimen de carrera el servidor que tome posesión de un cargo de carrera por nombramiento en provisionalidad o de un cargo de libre nombramiento y remoción.

“Parágrafo. La exclusión de la carrera de la fiscalía General de la Nación, que lleve consigo el retiro del servicio, se efectuará mediante auto motivado susceptible de los recursos de la vía gubernativa”.

El cargo de inconstitucionalidad consistió en que el segmento normativo resaltado conducía, en la práctica, a excluir del régimen de carrera administrativa al funcionario de la Fiscalía General de la Nación que tomara posesión de un cargo en provisionalidad. De tal suerte que la preceptiva acusada resultaba contraria al espíritu del sistema de méritos, pues en lugar de incentivar a los trabajadores eficientes, los desconcertaba y desanimaba al excluirlos de la carrera administrativa en la Fiscalía, cuando tomaban posesión de un cargo de carrera por nombramiento provisional.

La Corte estimó que le asistía la razón al demandante, y en consecuencia declaró inexecutable la expresión “de un cargo de carrera por nombramiento en provisionalidad o”, del inciso 1º del artículo 129 del decreto ley 261 de 2000, por las siguientes razones:

“a) Establece la norma acusada que será excluido del régimen de carrera administrativa de la Fiscalía el servidor que tome posesión de un cargo de carrera en virtud de nombramiento provisional o de un cargo de libre nombramiento y remoción.

b) La Constitución regula en el art. 125 la figura del retiro del servicio, que conlleva a la exclusión de la carrera administrativa, motivado por la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por la violación del régimen disciplinario, y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley.

Con fundamento en esta última previsión, en principio, se le confiere al legislador la facultad de crear otras causales de retiro. Sin embargo, es de observar que ella no constituye una competencia que pueda ser ejercida de manera arbitraria, irracional y desproporcionada, porque su ejercicio se encuentra condicionado, no sólo por el respeto a los principios, valores, fines, derechos y deberes constitucionales, sino a los que específicamente se extraen del sistema constitucional y estatutario de la carrera administrativa.

Desde la perspectiva señalada, advierte la Corte que las causales de retiro, adicionales a las previstas en la Constitución y en la Ley Estatutaria, que establezca el legislador, sólo pueden fundarse en razones objetivas, racionales y proporcionales a las finalidades que se buscan satisfacer. Por lo tanto, necesariamente ha de atenderse a la eficiencia y eficacia de los servicios administrativos, al respeto por los principios medulares de la carrera administrativa y de los derechos que de ella se derivan para los empleados escalafonados en ésta.

c) El nombramiento provisional de una persona en un empleo se produce, cuando se requiere proveer temporalmente un cargo de carrera administrativa, que se encuentra vacante, sin que medie el proceso de selección. El término del nombramiento según el art. 117 del decreto 261/2000 no puede exceder de 180 días, en cada caso, a partir del momento de la convocatoria al concurso. Igualmente, conforme a la misma disposición “procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un mes”.

- En nada se opone a la buena marcha de la administración que provisoriamente un empleado de carrera, mientras se surte el proceso del concurso de méritos, ocupe un cargo igualmente de carrera de superior jerarquía a aquél en que se encuentra escalafonado. Y se parte de este supuesto, porque sería irrazonable que estando desempeñándose en un cargo

de carrera un empleado pudiera aceptar un nombramiento provisional en otro de carrera de inferior jerarquía.

- La posibilidad de que empleados de carrera ocupen provisionalmente otros empleos, en las circunstancias anotadas, atiende a la buena marcha de la administración, debido a que su provisión con personas de comprobada idoneidad y honestidad en el desempeño de sus funciones le permite a ésta asegurar la prestación de los servicios con arreglo a los criterios de moralidad, eficiencia y eficacia.

- La norma cuestionada es irrazonable y desproporcionada, porque frustra, sin razón objetiva válida, la posibilidad de que así sea provisionalmente el empleado de carrera administrativa pueda ser sujeto de una promoción en el servicio, que le determina la percepción de un ingreso superior en forma temporal. Dicho en otras palabras, la búsqueda de una superación personal legítima, se convierte en una carga en extremo onerosa para el servidor, porque se le excluye de la carrera y eventualmente puede ser privado de su empleo libremente por la administración al desaparecer la estabilidad de que gozaba.

- Si el fin buscado por el legislador al diseñar la norma fue la de preservar la estabilidad en la carrera administrativa del empleado, el medio utilizado no resulta proporcional a aquél, porque simplemente se parte del aspecto formal de la relación laboral, en cuanto a que aceptado un empleo automáticamente se considera al empleado en situación de retiro con respecto a otro que viene desempeñando en la misma entidad, cuando lo cierto es que el vínculo material con la entidad, dado que sigue perteneciendo a ésta, continúa incólume. De este modo, se acepta la primacía de la forma sobre la realidad, contrariando el principio del art. 53 de la Constitución, que está enunciado en sentido contrario.

Consecuente con lo anterior ha de entenderse, que con el fin de preservar el principio superior de la estabilidad del empleado en la carrera, sus derechos a permanecer en ésta no se extinguen cuando acepta empleos de carrera en provisionalidad. En estas circunstancias, terminada la provisionalidad el empleado conserva sus derechos de carrera.

La norma como esta concebida puede prestarse a abusos por parte de la administración, la cual, con el halago de hacer una promoción al empleador, así sea temporal, lo coloca por fuera de la carrera y en situación de inestabilidad laboral.

d) Si se analizan las causales genéricas del retiro del servicio, previstas en la Constitución (art. 125), se observa que ellas tienen una vinculación directa con los actos u omisiones realizados por el empleado en el servicio. En este orden de ideas, es posible afirmar que ha sido el designio del Constituyente establecer la permanencia en el servicio, fundada en el desempeño satisfactorio del empleo y en el acatamiento a las normas disciplinarias; de suerte que las demás causales que el legislador configure necesariamente deben estar ligadas con situaciones asociadas a la relación de trabajo y al buen servicio administrativo.

Por ello, no existiendo un nexo causal con situaciones asociadas a la relación de trabajo y al buen servicio administrativo, no resulta legítima constitucionalmente, a juicio de la Corte, la exclusión del empleado de la carrera administrativa por el motivo señalado en la norma acusada, que hasta ahora se ha analizado.

e) Distinta es la situación de un funcionario que estando en carrera acepta ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Constitución distingue claramente los empleos de carrera administrativa, de los empleos que son de libre nombramiento y remoción. En relación con los primeros se requiere de la selección del empleado a través del concurso de méritos para ingresar a la carrera, e incorporado a ésta adquiere la estabilidad relativa y los demás derechos propios de este sistema; en cambio, no sucede lo mismo con los segundos, en los cuales tanto el ingreso como el retiro dependen de la facultad discrecional del nominador.

Así las cosas, se justifica constitucionalmente que el legislador haya previsto que aceptado por el empleado de carrera un empleo de libre nombramiento y remoción, automáticamente quede excluido de ésta.

En suma, según la C-1381 de 2000 el hecho de que un cargo de carrera administrativa sea ocupado por un funcionario perteneciente a ésta, mediante la modalidad del nombramiento provisional, no puede conllevar a la consecuencia de excluirlo de dicha carrera.

6. Análisis del caso concreto.

Del examen de las pruebas que obran en el expediente se tiene que el señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas desde el 15 de marzo de 1974 hasta el 31 de agosto de 1977 ocupó el cargo de Juez Promiscuo Municipal en diversas localidades del Departamento de

Nariño, pasando luego a desempeñarse como Juez de Instrucción Criminal hasta el 30 de junio de 1992.

Mediante Resolución núm. 0058 del 8 de noviembre de 1988, proferida por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial, se inscribió al peticionario en la carrera judicial, en el cargo de Juez de Instrucción Criminal.

Posteriormente, según consta en certificación expedida por la Doctora María Mercedes Santacruz Ibarra de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación²³, el accionante fue incorporado a dicha Entidad el 1º de julio de 1992 al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, cargo que desempeñó hasta el 11 de febrero de 1996. Luego, mediante resolución núm. 0- 0213 de febrero 1 de 1996, proferida por el Fiscal General de la Nación fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito, del cual tomó posesión el 12 de febrero de 1996.

El Fiscal General de la Nación, mediante resolución núm. 0-0523 del 17 de mayo de 2001, declaró insubsistente el nombramiento efectuado a Alberto Sigifredo Chamorro Rivas, del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de Pasto. Tal acto administrativo carece de toda motivación.

El 13 de septiembre de 2001, el señor Alfredo Sigifredo Chamorro Rivas instauró, ante el Tribunal Administrativo de Nariño, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se dejara sin efectos la resolución núm. 0-0523 del 17 de mayo de 2001, mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como Fiscal Delegado ante el Tribunal. Que en consecuencia, se declarase que no había existido solución de continuidad en la prestación del servicio, y por ende, fuese indemnizado por los daños causados.

Al respecto, vale la pena aclarar que la demanda se fundó en el hecho que el señor Chamorro Rivas era un funcionario de carrera judicial, quien venía ocupando un cargo superior en provisionalidad, razón por la cual el acto administrativo de insubsistencia debía haber estado motivado, situación que no tuvo lugar; además, fue reemplazado por otra fiscal, quien accedió al cargo sin someterse a un concurso de méritos, e igualmente en provisionalidad. Así mismo, invoca una desviación de poder, ya que la voluntad del nominador no fue aquella de mejorar el servicio que venía desempeñando el demandante, quien durante 29 años prestó sus servicios en la Rama Judicial, durante los cuales fue distinguido en varias

ocasiones como Coordinador de la Unidad de Fiscalías.

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 12 de marzo de 2004 decidió denegar las pretensiones de la demanda. Estimó el Tribunal, en esencia, lo siguiente:

“el cargo de carrera al que hace alusión la demanda y que correspondía al actor era, de conformidad con su incorporación a la entidad demandada, el de fiscal seccional (Fs. 43 al 45), no así el de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, al que posteriormente, mediante Resolución 0- 0213 de 1º de febrero de 1996 fue vinculado en provisionalidad.

La provisionalidad del nuevo cargo no le otorgaba derechos de continuidad, y menos de indemnización en caso de declaratoria de insubsistencia, por cuanto el nombramiento no constituye inclusión en carrera, es por ello que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, asevera que ni siquiera se hace necesaria motivación en estos casos.

“ (...)

“En estas condiciones, se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad”.

La anterior sentencia fue impugnada en término alegando, en esencia, que el señor Chamorro Rivas se encontraba amparado por los derechos de la carrera judicial y que se presentó una desviación de poder, por cuanto la verdadera intención del nominador no fue el mejoramiento del servicio.

La Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, mediante sentencia del 1º de diciembre de 2005, decidió confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Así pues, en el texto del fallo el Consejo de Estado explica que las Subsecciones de la Sección Segunda de la Corporación tenían posiciones encontrada respecto a los funcionarios designados en provisionalidad. En tal sentido, la Subsección A en algunas providencias venía sosteniendo que tales funcionarios gozaban de una estabilidad restringida, “pues para su desvinculación debía mediar, al menos, un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso”; por el contrario, la Subsección B sostenía que los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asistía el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al

servicio mediante concurso de méritos y, “por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna”.

A continuación, se argumenta que la Sección Segunda en pleno, atendiendo a la necesidad de unificar la posición de las Subsecciones sobre la materia decidió que “se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad”, y en consecuencia, “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”.

Frente a la anterior providencia judicial, fue interpuesta una acción de tutela, la cual fue negada por las Salas Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, respectivamente.

Ahora bien, en el caso concreto, el peticionario estima que el Tribunal Administrativo de Nariño y la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrieron en una causal de procedencia de la acción de tutela debido a que no valoraron una prueba que obraba en el expediente según la cual el accionante se encontraba inscrito en carrera judicial, es decir, un defecto fáctico. De igual manera, alega que las instancias judiciales habrían incurrido en el mismo defecto en relación con la apreciación de las pruebas concernientes a una supuesta desviación de poder que afectaría la validez del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia.

En lo que respecta a la presunta causal de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico en relación con la desviación de poder, la Sala estima que ésta no se presentó por cuanto, actuando dentro de su autonomía judicial, el Consejo de Estado valoró las pruebas obrantes en el expediente y concluyó que aquélla no se encontraba demostrada. En palabras del Consejo de Estado:

Por el contrario, la Sala estima que el Consejo de Estado incurrió en otras causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como son (i) fallar con base en una norma legal inaplicable (defecto sustantivo); (ii) inaplicar lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 1381 de 2000 (violación de la cosa juzgada constitucional); (iii) desconocer el precedente constitucional en materia de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos

de carrera; y (iv) no valorar una prueba esencial para decidir el caso concreto (defecto fáctico).

6.1. Defecto sustantivo por cuanto la providencia judicial se basa en una norma indiscutiblemente inaplicable.

La Sala Séptima de Revisión considera que la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por cuanto su sentencia proferida el 1 de diciembre de 2005 se funda en una norma legal manifiestamente inaplicable al caso concreto.

Así pues, en la mencionada providencia se sostiene que “En virtud de la vinculación laboral del demandante a la Fiscalía General de la Nación, le es aplicable el decreto 2699 de 1991, estatuto contentivo de la estructura orgánica de la Fiscalía General, a la luz del cual debe dirimir la presente controversia”²⁴.

Al respecto, estima la Sala que la norma legal manifiestamente aplicable al caso del accionante no era el decreto 2699 de 1991 sino el decreto 261 de 2000 “por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, por las siguientes razones.

El régimen jurídico laboral al cual estuvo sometido el señor Chamorro Rivas a la Fiscalía General de la Nación evolucionó en el tiempo. En efecto, el accionante ingresó a la Rama Judicial el 15 de marzo de 1974. Mediante Resolución núm. 0058 del 8 de noviembre de 1988, proferida por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial, se inscribió al peticionario en la carrera judicial, en el cargo de Juez de Instrucción Criminal.

Posteriormente, según consta en certificación expedida por la Doctora María Mercedes Santacruz Ibarra de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación²⁵, el accionante fue incorporado a dicha Entidad el 1º de julio de 1992 al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, situación que se presentó por mandato del artículo transitorio 27 de la Constitución según el cual “Igualmente pasarán a la Fiscalía General de la Nación, la dirección nacional y las direcciones seccionales de instrucción criminal, el cuerpo técnico de policía judicial, y los juzgados de instrucción criminal de la justicia ordinaria, de orden público y penal aduanera”, disposición que fue desarrollada por el artículo 65 del decreto 2699 de 1991, cuyo tenor es el siguiente:

CAPITULO SEGUNDO

DEL REGIMEN DE CARRERA

SECCION PRIMERA

NATURALEZA DE LOS EMPLEOS.

ARTICULO 65.1a Carrera de la Fiscalía tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. Los funcionarios y empleados que conforman los Juzgados de Instrucción Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, Fiscalías de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden Público, de las direcciones Seccionales y generales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados con las mismas condiciones con que se encuentren vinculados a sus actuales cargos, mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de Carrera de la Fiscalía. Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1o. de Mayo de 1.992. (Negrillas y subrayado agregados)

De tal suerte que, si un funcionario se venía desempeñando como juez de instrucción antes de la actual Constitución ingresaba a la Fiscalía General de la Nación, sería incorporado a ésta en las mismas condiciones en que se encontraba, es decir, como funcionario de carrera para el caso concreto.

Posteriormente, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 130 clasificó los cargos en la Rama Judicial de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

Quiere ello decir que el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, el cual ocupó el accionante desde el 1º de julio de 1992 hasta el 11 de febrero de 1996 era un cargo de carrera judicial y no de libre nombramiento y remoción. De igual manera lo era aquel de Fiscal Delegado ante el Tribunal, cargo en el cual fue nombrado en provisionalidad el accionante el 12 de febrero de 1996.

Ahora bien, el decreto 2699 de 1991 fue derogado expresamente por el decreto 261 del 22 de febrero de 2000, normatividad que entró en vigor el “a partir de la fecha de su publicación”, es decir, ese mismo día según consta en el Diario Oficial núm. 43.903, p.1. Dicha normatividad estipuló lo siguiente en relación con el retiro de la carrera de la Fiscalía General de la Nación:

“Artículo 129. La exclusión de la carrera de la Fiscalía de los funcionarios y empleados se produce por las causales genéricas del retiro del servicio y la calificación de servicios no satisfactoria. Así mismo, quedará excluido del régimen de carrera el servidor que tome posesión de un cargo de carrera por nombramiento en provisionalidad o de un cargo de libre

nombramiento y remoción.

Parágrafo. La exclusión de la carrera de la Fiscalía General de la Nación, que lleve consigo el retiro del servicio, se efectuará mediante acto motivado susceptible de los recursos de la vía gubernativa. (Negrillas agregadas).

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 1381 del 11 de octubre de 2000 resolvió “Declarar INEXEQUIBLE la expresión “de un cargo de carrera por nombramiento en provisionalidad o”, contenida en el inciso 1 del art. 129 del decreto 261/2000 y declarar EXEQUIBLE la expresión igualmente contenida en dicho inciso que dice “Asi mismo, quedará excluido del régimen de carrera el servidor que tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción”. Con posterioridad a dicho pronunciamiento judicial, es decir, el 17 de mayo de 2001, el accionante fue declarado insubsistente, sin motivación alguna, del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal.

El anterior recuento normativo y jurisprudencial evidencia que (i) el accionante venía ocupando en provisionalidad un cargo de carrera; (ii) el decreto 2699 de 1991, sobre el cual se estructura el fallo del Consejo de Estado, se encontraba expresamente derogado al momento de expedirse el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente al peticionario; (iii) asimismo, la expresión “de un cargo de carrera por nombramiento en provisionalidad o” del decreto 261 de 2000 había sido declarado inexecutable por la Corte en sentencia C- 1381 del 11 de octubre de 2000, es decir, antes de ser proferido el acto administrativo que luego fue atacado por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; (iv) por el contrario, debía haberse aplicado el parágrafo del artículo 129 del decreto 261 de 2000, a cuyo tenor “ La exclusión de la carrera de la Fiscalía General de la Nación, que lleve consigo el retiro del servicio, se efectuará mediante acto motivado susceptible de los recursos de la vía gubernativa.”

En suma, la Sala Séptima de Revisión considera que la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por cuanto su sentencia proferida el 1 de diciembre de 2005 se funda en una norma legal manifiestamente inaplicable al caso concreto.

6.2. Violación del principio de la cosa juzgada constitucional.

La Sala Séptima de Revisión considera que la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales debido a que, al momento de fallar la apelación instaurada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debió haber aplicado lo decidido por la Corte en sentencia C-1181 de 2000. En efecto, de haber aplicado lo decidido por el juez constitucional, no hubiese podido sostener que accionante era un funcionario nombrado en provisionalidad, que no contaba con fuero alguno de estabilidad “pudiéndose en consecuencia proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”. Lo anterior por cuanto, tal y como señalado en sentencia C-1181 de 2000, la cual es aplicable al caso concreto, “el hecho de que un cargo de carrera administrativa sea ocupado por un funcionario perteneciente a ésta, mediante la modalidad del nombramiento provisional, no puede conllevar a la consecuencia de excluirlo de dicha carrera”.

En este orden de ideas, la Sala estima que se incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por inaplicación de lo decidido por la Corte en un fallo de constitucionalidad.

6.3. Desconocimiento del precedente constitucional en materia de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

La Sala Séptima de Revisión considera que la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales debido a que inaplicó los precedentes constitucionales referentes a la necesaria motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

En efecto, la Corte en sentencia SU-250 de 1998 la Corte estimó que la motivación es un requisito indispensable para que pueda operar en debida forma el control judicial sobre los actos administrativo. Igualmente, en sentencia C-371 de 1999, con ocasión de una acción pública de inconstitucionalidad dirigida contra los artículos 35 y 76 del Código Contencioso Administrativo consideró que lo siguiente:

“En primer lugar debe señalar la Corte que la motivación de los actos administrativos

constituye valiosa garantía para los gobernados, quienes tienen derecho a conocer las razones en que se funda la administración cuando adopta las decisiones que afectan sus intereses generales o particulares.

Pero, además, la exigencia legal de motivación es un instrumento de control sobre los actos que la Administración expide, toda vez que relaciona el contenido de la determinación adoptada con las normas que facultan a la autoridad para obrar y con los hechos y circunstancias a las cuales ella ha aplicado la normatividad invocada.

Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

De igual manera, la Corte ha considerado en sentencias de constitucionalidad que en los casos de los funcionarios designados en cargos de libre nombramiento y remoción no se requiere motivación del acto administrativo de desvinculación de la administración, por cuanto, se trata de “de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador”²⁶. De igual manera, en numerosos y constantes fallos de tutela, diversas Salas de Revisión de la Corte han considerado que el acto administrativo mediante el cual se desvincula a un funcionario que ocupa un cargo de carrera debe ser motivado.²⁷

En este orden de ideas, la Sala estima que el fallador incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela por desconocimiento del precedente constitucional mediante el cual se

ha establecido el alcance del derecho fundamental al debido proceso administrativo en materia de motivación de actos de desvinculación del servicio de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

6.4. Defecto fáctico por ausencia de valoración de una prueba fundamental en el proceso.

La Sala Séptima de Revisión considera que la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ya que no valoró una prueba esencial que se encontraba en el expediente, cual es la Resolución núm. 0058 del 8 de noviembre de 1988, proferida por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial, mediante la cual se inscribió al peticionario en la carrera judicial, en el cargo de Juez de Instrucción Criminal.

A decir verdad, en el texto de la providencia, en el capítulo titulado “ANTECEDENTES. PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE” se relata que el peticionario argumentó en su demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que “Que no se podía declarar insubsistente el nombramiento del actor sin motivación, por ser funcionario inscrito en la carrera judicial pues por mandato constitucional pasó en tal condición a la Fiscalía General”. Con todo, en el examen del caso concreto no se alude a la prueba documental aportada como soporte de la demanda ni se le valora.

Estima la Sala que la mencionada prueba documental resultaba ser fundamental al momento de determinar la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto era la prueba que demostraba que el accionante no era un simple funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación, sino que había ingresado a la carrera desde mucho antes; luego había pasado en “las mismas condiciones” (art. 65 del decreto 2699 de 1991) a la Fiscalía, para posteriormente ser ascendido al cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal, nombramiento que si bien fue en provisionalidad se trataba igualmente de un cargo de carrera, motivo por el cual no podía ser, en ningún caso, desvinculado mediante un acto administrativo inmotivado.

En este orden de ideas, la Sala Octava de Revisión revocará los fallos de tutela proferidos por las Salas Cuarta y Quinta del Consejo de Estado. En su lugar, amparará el derecho fundamental al debido proceso administrativo del peticionario, dejando sin efectos la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2005 por la Sección Segunda Subsección B del

Consejo de Estado, en el caso del señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas contra la Fiscalía General de la Nación y ordenándole a la misma autoridad judicial que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, de inicio a la adopción de las medidas necesarias para volver a pronunciarse sobre la apelación presentada por el accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso radicado 52001-23-25-000- 2001- 01247-01.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR los términos para fallar.

Segundo. REVOCAR las sentencias de tutela proferidas por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado respectivamente, mediante las cuales se negó el amparo solicitado por el señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas. En su lugar, se AMPARARÁ el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante.

Tercero. DEJAR SIN EFECTOS, la sentencia proferida el 1 de Diciembre de 2005 por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, en el radicado 52001-23-25-000- 2001- 01247-01 (Actor: Alberto Sigifredo Chamorro Rivas; demandada: Fiscalía General de la Nación).

Cuarto. ORDENARLE a la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, de inicio a la adopción de las medidas necesarias para volver a pronunciarse sobre la apelación presentada por el accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso radicado 52001-23-25-000- 2001- 01247-01.

Quinto. ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General de la Corte se le devuelva al Tribunal Administrativo de Nariño el expediente original No. 2001-1247, contentivo del proceso instaurado por el señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas contra la Fiscalía General de la Nación.

Sexto. LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Ausente en comisión

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias T-958 de 2005 y T-389 de 2006 proferidas por esta Sala de Revisión.

2 Ver sentencia T-951 y T-1216 de 2005, entre otras.

3 En esta oportunidad la Sala reitera la sentencia C-590 de 2005.

4 Sentencia T-698 de 2004.

5 Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461 de 2003, T-589 de 2003, T-606 de 2004, T-698 de 2004, T-690 de 2005, entre otras.

6 Ver sentencia SU-014 de 2001.

7 Ver Auto A-330 de 2006.

8 Al respecto pueden consultarse las sentencias SU-1184 de 2000, T-522 de 2001 y T-1265 de 2000.

9 Sentencia T-933 de 2003, entre otras.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999.

11 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998.

12 Así lo expresó en la sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

13 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

14 Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

16 Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T-1206 de 2004.

17 Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

18 Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

19 Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

20 En aquella ocasión le correspondió a la Sala Plena pronunciarse sobre el caso de una persona nombrada en interinidad para desempeñar el cargo de notaria y fue desvinculada sin mediar motivación alguna.

21 Sentencia T-552 de 2005.

22 Ibíd..

23 Visible a folio 136 del cuaderno principal.

24 Visible a folio 352 del cuaderno principal.

25 Visible a folio 136 del cuaderno principal.

26 Ver sentencias C- 514 de 1994 y C- 292 de 2001.

27 Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.