

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ACCION DE TUTELA-No es el mecanismo para impugnar la legalidad de un acto administrativo

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para controvertir actos administrativos ante perjuicio irremediable/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para obtener reintegro al cargo cuando se configure un perjuicio irremediable

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

DEBIDO PROCESO-Vulneración por no motivar insubsistencia de empleada de la Procuraduría en provisionalidad

Referencia: expediente T-1327209

Acción de tutela instaurada por Bertha Clemencia Yepes Wilches contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y NILSON PINILLA PINILLA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Bertha Clemencia Yepes Wilches contra la Procuraduría General de la Nación.

### I. ANTECEDENTES.

La señora Bertha Clemencia Yepes Wilches, actuando en nombre propio, presenta acción de tutela como mecanismo transitorio contra la Procuraduría General de la Nación, por considerar que la decisión de desvincularla del cargo que venía desempeñando en provisionalidad en dicho ente estatal, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso,

al trabajo, al mínimo vital, a la especial protección de los niños y a la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia. Sustenta su demanda en los siguientes

## 1. Hechos

Señala que fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto 129 de febrero 8 de 2002 en la Procuraduría General de la Nación, en el cargo de Profesional Universitario Grado 17 de la Dirección Financiera, siendo este nombramiento renovado.

Comenta que mediante Decreto 1211 de julio 2 de 2004, se le nombró en provisionalidad en el cargo de Asesora Código 1AS- Grado 22 [cargo de carrera], en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, por un término de 6 meses, y que “cumplido el periodo, me fue renovado en 2 oportunidades más: una el 7 de diciembre de 2004 y otra el 7 de julio de 2005”.

Dice que mediante Decreto 2446 de octubre 10 de 2005, sin motivación alguna, fue desvinculada del cargo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Comenta que en respuesta a sus solicitudes, el 25 de octubre de 2005 la Secretaria General de la Procuraduría le manifestó que en el acto de desvinculación no existió ninguna irregularidad, y que ella se dio por razones del servicio, tal como lo permite el artículo 188 del Decreto 262 de 2000. Igualmente, que en la respuesta se le dice “que la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, fueron expedidos para adelantar el Programa de Renovación de la

administración pública y que no aplica a la Procuraduría General de la Nación”.

Aduce que con la desvinculación se le ha causado un grave perjuicio económico y moral, por cuanto “al no recibir salario me veo imposibilitada para pagar la cuota de mi vivienda, la cual acababa de cancelar por un proceso ejecutivo hipotecario que cursó en el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, no tengo como pagar el estudio de mi pequeña hija y atender en debida forma los demás gastos de manutención”.

Asegura ser madre soltera y cabeza de familia, pues tiene una hija menor de 7 años y “su padre, desde que ella nació nunca ha respondido por sus obligaciones, jamás he convivido con él, y todo esto lo afirmo bajo la gravedad del juramento”.

Por lo anterior solicita se amparen sus derechos fundamentales y se ordene sea reintegrada al mismo cargo que ocupaba o a uno de mayor rango.

## 2. Respuesta de la Procuraduría General de la Nación.

El Juez de primera instancia dio traslado al ente accionado, para que explicara lo correspondiente respecto a los hechos narrados por la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches en la demanda de tutela. En respuesta, la Procuraduría General de la Nación, a través de apoderada especial, se opone a las pretensiones de la acción y solicita se declare su improcedencia.

Manifiesta la apoderada de la entidad, que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa para hacer valer sus derechos,

como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede elevar contra el acto administrativo de desvinculación que considera adolece de irregularidades.

Igualmente, aduce que conforme al numeral 6° del artículo 278 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación puede “nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia”. Además, que el párrafo del artículo 188 del Decreto 262 de 2000, al contemplar el caso de los nombramientos provisionales, permite que por razones del servicio, el Procurador pueda desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad, aún antes del vencimiento del término por el cual fue nombrado.

Asegura que “la desvinculación de la accionante se produjo por necesidades del servicio; el acto administrativo de desvinculación está amparado por la presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos y sólo si se desvirtúa esta presunción, probatoriamente, se puede dejar sin efectos”.

Afirma que en ningún momento la accionante demostró que la entidad tuviera conocimiento de que era madre cabeza de familia, aunado al hecho de que la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, no son aplicables a la Procuraduría General de la Nación.

Por último, concluye que “el decreto 2446 del 10 de octubre de 2005, no está viciado de nulidad; fue proferido en ejercicio de la facultad discrecional que tiene el señor Procurador General, no fue motivado porque no es obligación del nominador hacerlo en este caso”.

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

## 1. Decisión de Primera Instancia.

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de noviembre 29 de 2005 decide negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Considera el Tribunal que en este caso la acción de tutela es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, pues la misma esta dirigida contra el acto administrativo de desvinculación del servicio de la accionante, respecto del cargo que en provisionalidad ocupaba, y que determinar su legalidad o ilegalidad compete al juez contencioso administrativo.

Señala además, que la actora nunca fue considerada como madre cabeza de familia, en virtud de que no estuvo cobijada por el llamado retén social.

Concluye asegurando que la tutela tampoco procede como mecanismo transitorio “toda vez que de lo reclamado por la actora, no ve la Sala que se le esté causando algún perjuicio irremediable, el que como ha sostenido en abundante doctrina constitucional, debe ser cierto, determinado y debidamente comprobado ante el juez de tutela, para así llegar a la convicción de que tiene las características de irremediable, elementos que no se dan en el sub lite”.

## 2. Decisión de Segunda Instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a través de providencia de febrero

6 de 2006, confirma la anterior decisión, tras compartir todas sus consideraciones. Señala la Corte:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“En el presente asunto la peticionaria dispone de las acciones ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para cuestionar el acto administrativo que generó su desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, y del que fue separada por necesidad del servicio. Ese mecanismo legal resulta idóneo para atender el reclamo laboral y conlleva la posibilidad de deprecar la eventual adopción de medidas prontas y eficaces de carácter provisional ab initio de la actuación, lo cual torna improcedente acudir a la acción Constitucional en procura de satisfacer la pretensión que se formula en sede de tutela”.

Finalmente aduce que tampoco procede el amparo como mecanismo transitorio, por cuanto la accionante no acreditó su condición de madre cabeza de familia, ni la existencia de un perjuicio irremediable que abriera camino a la protección por la vía constitucional.

### III. PRUEBAS.

A continuación se relacionan las que obran en el expediente:

- Copia de derecho de petición fechado 14 de octubre de 2005, suscrito por la señora Bertha Clemencia Yepes, y dirigido al Procurador General de la Nación, en el cual pone en conocimiento su desvinculación sin tener en cuenta el Plan de Protección Social previsto en la

Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, dada su condición de madre cabeza de familia, solicitando se ordene su reintegro (folio 6 del cuaderno de primera instancia).

- Copia de derecho de petición fechado 19 de octubre de 2005, suscrito por la señora Bertha Clemencia Yepes, y dirigido al Procurador General de la Nación, en el cual solicita se le indiquen las razones por las cuales no le fueron aplicadas las normas que protegen a las madres cabeza de familia (folio 7 del cuaderno de primera instancia).

- Copia de oficio de octubre 25 de 2005, mediante el cual la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación da respuesta a los derechos de petición elevados por la accionante. En él se indica que conforme al decreto 262 de 2000, el Procurador General puede por razones del servicio desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad antes del vencimiento del término para el que fue nombrado; asimismo, señala que la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 no se aplican a la Procuraduría General de la Nación (folio 8 del cuaderno de primera instancia).

- Copia de los Decretos proferidos por el Procurador General de la Nación, mediante los cuales nombra provisionalmente a la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches en los cargos de Profesional Universitario y Asesora: Decreto 129 de febrero 8 de 2002, Decreto 1023 de agosto 5 de 2002, Decreto 1211 de julio 2 de 2004, Decreto 2369 de diciembre 7 de 2004, Decreto 1503 de julio 7 de 2005 (folios 9 a 13 del cuaderno de primera instancia).

- Copia del Decreto 2446 de octubre 10 de 2005, proferido por el Procurador General de la Nación, por medio del cual se desvincula del servicio a la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches, del Cargo de Asesora grado 22 de la Procuraduría Delegada Vigilancia Preventiva para la Función Pública (folio 14 del cuaderno de primera instancia).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Daniela María Moreno Yepes, hija de la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches (folio 15 del cuaderno de primera instancia).

- Copia del Certificado Individual de Seguro de Vida Grupo - de la Compañía de Seguros "La Previsora S.A." de julio 9 de 2004, donde aparece como asegurada la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches y como única beneficiaria la menor Daniela María Moreno Yepes (folio 25 reverso del cuaderno de revisión).

- Copia de la "Solicitud de Vinculación del Trabajador al Sistema General de Riesgos Profesionales - Instituto del Seguro Social" - de julio 9 de 2004, de la señora Bertha Clemencia Yepes y de su empleador Procuraduría General de la Nación. Aparece como única beneficiaria la menor Daniela María Moreno Yepes (folio 26 del cuaderno de revisión).

- Copia de la Planilla de Afiliación a la EPS Sanitas de julio 9 de 2004, de la señora Bertha Clemencia Yepes. Aparece como única beneficiaria la menor Daniela María Moreno Yepes (folio 27 del cuaderno de revisión).

- Copia de la "Solicitud de Vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias y Cesantías" - Colfondos -, de la señora Bertha Clemencia Yepes. Aparece como única beneficiaria la menor Daniela María Moreno Yepes (folio 28 del cuaderno de revisión).

- Copia de la "Solicitud de Vinculación al Sistema General de Pensiones" [por traslado] - Instituto del Seguro Social -, de junio 22 de 2005, de la señora Bertha Clemencia Yepes. Aparece como única beneficiaria la menor Daniela María Moreno Yepes (folio 29 del cuaderno de revisión).

- Copia de la “Solicitud de Contratación al Servicio de Medicina Prepagada” - Colsanitas-, de agosto 27 de 2004, de la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches en virtud al Convenio 007 de la compañía de medicina prepagada con la Procuraduría General de la Nación. Aparece como única beneficiaria la menor Daniela María Moreno Yepes (folio 39 del cuaderno de revisión).

- Copia de la factura por cuota mensual y atrasadas a la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas de abril 1° de 2006, dirigida a la señora Bertha Clemencia Yepes, por un valor de \$290.730 - no cancelada (folio 31 del cuaderno de revisión).

- Copia de telegrama de la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A. - Area de Cartera y Cobranzas-, donde se informa a la señora Bertha Clemencia Yepes que el contrato de medicina prepagada será cancelado el día 14 de marzo de 2006, por encontrarse en mora (folio 30 del cuaderno de revisión).

- Copia de recibo de pago no cancelado del Fondo Nacional de Ahorro, a nombre de la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches, por concepto del crédito para la adquisición de vivienda, con un saldo vencido a abril 4 de 2006 correspondiente a 7 cuotas de mora, por la suma de \$3.849.953 (folio 33 del cuaderno de revisión).

- Copia del informe del “Estado Jurídico del Crédito N° 5167972400”, donde aparece la iniciación de un proceso ejecutivo hipotecario del Fondo Nacional del Ahorro contra la señora Bertha Clemencia Yepes (folio 32 del cuaderno de revisión).

- Copia de la Resolución D.D.I. 50522 “liquidación Oficial de Aforo” - año 2006 - de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por concepto de Impuesto Predial

Unificado, determinando el impuesto y la sanción por no rendirse declaración, respecto del inmueble de la señora Bertha Clemencia Yepes, con un saldo total a cargo por la suma de \$722.000 (folios 42 y 43 del cuaderno de revisión).

- Original de factura expedida por el Conjunto Residencial "Girasoles", no cancelada, a nombre de la señora Bertha Clemencia Yepes, por concepto de cuotas de administración adeudadas en una suma de \$10.026.784 (folio 45 del cuaderno de revisión).

- Copia del requerimiento de marzo 15 de 2006, de la firma "Cobranzas Ltda.", dirigido a la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches, donde se le informa que "el Banco BBVA nos ha encomendado el cobro jurídico de la obligación N° 0013-0126-50-96-00010875", solicitando se pacte un acuerdo de pago (folio 41 del cuaderno de revisión).

- Originales de valoraciones de cardiólogo y ordenes médicas para valoración de otorrinolaringólogo y odontólogo dadas a la menor Daniela María Moreno Yepes, hija de la señora Bertha Clemencia Yepes, por parte de medico pediatra particular (folios 35 y 36 del cuaderno de revisión).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

##### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

## 2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

La accionante presenta acción de tutela como mecanismo transitorio contra la Procuraduría General de la Nación, por considerar que la decisión de desvincularla del cargo de carrera que venía desempeñando en provisionalidad en dicho ente estatal, sin motivación alguna y desconociendo se calidad de madre cabeza de familia, vulneró sus derechos fundamentales.

Por su parte, la apoderada del ente demandado aduce que la tutela es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial a la que puede acudir la actora, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Asimismo, que “el decreto 2446 del 10 de octubre de 2005, no está viciado de nulidad; fue proferido en ejercicio de la facultad discrecional que tiene el señor Procurador General, no fue motivado porque no es obligación del nominador hacerlo en este caso”.

Los jueces de tutela negaron el amparo tras considerar que la señora Yepes Wilches podía acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a controvertir el acto de desvinculación que cuestiona. Igualmente, que la actora no demostró la inminencia de un perjuicio irremediable.

El problema jurídico a examinar consiste en consecuencia, en determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por la ciudadana Yepes Wilches al desvincularla sin motivación alguna del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, así

como si se configura un perjuicio irremediable que amerite la protección por vía de tutela como mecanismo transitorio. Para ello, reiterará la jurisprudencia constitucional fijada por esta Corporación en casos análogos al presente asunto y, conforme las reglas que se deriven de ese estudio, resolverá el caso concreto.

### 3. Procedencia de la acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela sólo procede cuando el peticionario no dispone de otro mecanismo de defensa judicial o cuando aquella se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 reitera la preceptiva constitucional, pero agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia es clara al señalar que las acciones contenciosas administrativas son las vías judiciales ordinarias de defensa con que cuentan los asociados para enfrentar la ilegalidad de los actos administrativos acusados de vulnerar derechos fundamentales. A este respecto la Corte ha dicho, por ejemplo, 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”1.

En la misma providencia, la Corte expresó que la idoneidad del mecanismo ordinario se reflejaba incluso en el hecho de que, de acuerdo con el artículo 152º del C.C.A, era posible solicitar la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, frente a la vulneración evidente de la norma jurídica constitucional.2. Esta posición se funda, dice la Corte, en que “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”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”.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo de un

trabajador que ha sido desvinculado, la Corte ha defendido una posición concordante: la tutela -dice la jurisprudencia- no es el mecanismo adecuado para satisfacer una pretensión de reintegro, pues para ello están dispuestas las vías judiciales ordinarias, una de las cuales es la contencioso administrativa. A este respecto se refirió en la sentencia SU-250 de 1998, cuando dijo 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”<sup>4</sup>.

Pese a todo lo anterior y dando aplicación precisamente a la preceptiva constitucional, la Corte Constitucional ha dicho que cuando el derecho fundamental se enfrente a un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en el mecanismo idóneo para dispensar de manera transitoria la protección solicitada. En un caso similar al que ahora se analiza, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte, en sentencia T-756 de 1998, dejó en claro que, frente a la inminente e irremediable vulneración de un derecho fundamental, la tutela se convierte en el mecanismo de defensa principal y prevalente frente a los demás medios de ordinarios de impugnación. Se dijo:

“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”.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad”<sup>5</sup>. (Subrayas fuera del original)

De acuerdo con lo anterior, para que la tutela interpuesta por Bertha Clemencia Yepes Wilches prospere, es necesario verificar si ésta se enfrenta a un perjuicio irremediable que sea necesario conjurar.

#### 4. El perjuicio irremediable.

Del expediente se desprende que la accionante afronta una grave situación económica derivada de su desvinculación del ente accionado, y que ha repercutido en la desprotección básica de su menor hija como la suya propia.

Ciertamente, el servicio de salud al que estaba afiliada por convenio de Colsanitas S.A. - Empresa de Medicina Prepagada- con la Procuraduría General de la Nación, le fue cancelado a partir de marzo 14 de 2006, al presentar mora en el pago de las cuotas por valor de \$290.730, oo. (folios 30 y 31 del cuaderno de revisión). Esta situación a afectado la atención en salud de la menor Daniela María Moreno Yepes (hija de la actora), quien requiere de valoraciones y tratamientos médicos dado su problema cardiaco y de hipertrófia de cornetes (folios 35 a 38 del cuaderno de revisión).

Del mismo modo, la accionante presenta a marzo 13 de 2006 un saldo vencido por la suma de \$3.849.953,oo, correspondiente a las cuotas atrasadas del préstamo para vivienda que le hiciera el Fondo Nacional del Ahorro, quien le adelanta por la misma razón, un proceso ejecutivo hipotecario en el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá (folios 32 y 33 del cuaderno de revisión). Aunado a esto, la señora Yepes Wilches adeuda a abril 1° de 2006 por concepto de cuotas de administración del conjunto residencial donde habita, la suma de \$10.004.784 (folio 45 del cuaderno de revisión), y por liquidación oficial de aforo del impuesto predial, más la sanción por no declarar, la suma de 722.000,oo (folio 42 del cuaderno de revisión).

Asimismo, desde el mes de marzo de 2006, el Banco BBVA le adelanta cobro jurídico por la obligación N° 0013-0126-50-96-00010875, a través de una firma de cobranzas (folio 41 del cuaderno de revisión).

Por otra parte, la accionante afirma que el padre de la menor “desde que ella nació nunca ha respondido por sus obligaciones, jamás he convivido con él, y todo esto lo afirmo bajo la gravedad del juramento”, asegurando en consecuencia, que es madre soltera y cabeza de familia, y que de ella depende exclusivamente la subsistencia de su hija. Lo anterior explica que la única beneficiaria en las afiliaciones que la actora tenía, como el seguro de vida, al sistema de riesgos profesionales, a la Entidad Promotora de Salud, a la Empresa de Medicina Prepagada y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, haya sido su hija Daniela María Moreno Yepes, tal como se aprecia a folios 26 a 29 del cuaderno de revisión.

De acuerdo a todo lo anterior, es claro que el mínimo vital de la accionante se encuentra comprometido como también el derecho a la salud de la menor, que por requerir de valoraciones y tratamiento médico se infiere que compromete su integridad física, y en consecuencia el perjuicio irremediable se encuentra comprobado<sup>6</sup>.

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que la tutela de la referencia es procedente, por lo cual entrará a estudiar de fondo la vulneración de los derechos fundamentales alegados.

5. Necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Esta Corporación ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación.

Paralelamente, se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental.

Finalmente se ha indicado que tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrado en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

Un recuento pleno de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de protección al debido proceso administrativo en el asunto bajo estudio fue realizado por la sentencia T-951/04, en la cual después de determinada la procedencia de la tutela, la Sala evidenció que sí se había presentado una vulneración por la carencia total de motivación del acto de desvinculación de la funcionaria en provisionalidad<sup>7</sup>. Dijo la Corporación:

“El primer acercamiento se hizo en la sentencia SU-250 de 1998. En esta providencia la Sala Plena de la Corte analizó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de un notario que venía ocupando el cargo en interinidad y había sido desvinculado del mismo sin motivación alguna. La Corte Constitucional, luego de hacer un análisis jurídico de la figura de la motivación en el derecho administrativo, sentó un primer precedente en la materia al indicar que, cuando un notario ocupa un cargo en interinidad, en puestos que son de carrera, el acto de desvinculación debe ser motivado, pues sólo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación.

(...)

[Además], la Corte distinguió entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo.

(...)

Más tarde, en la sentencia T-800 de 1998, la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte abordó de fondo el problema que ahora se plantea, al revisar la vulneración de los derechos fundamentales de una mujer que venía ocupando en provisionalidad un cargo de Auxiliar de Enfermería en un hospital del Valle y que fue desvinculada sin motivación alguna por el ente nominador.

De manera enfática, la Sala determinó que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.<sup>8</sup>”.

(...)

En la sentencia C-734 de 2000 la Sala Plena de la Corte acogió las consideraciones vertidas en la SU-250 de 1998 a propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 19689. Allí advirtió nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es

similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe.

Esta posición fue ratificada en la sentencia T-884 de 2002, cuando la Sala Novena de Revisión de tutelas concedió la protección constitucional a una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación cuya resolución de desvinculación de la entidad, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no fue motivada.

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

(...)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con posterioridad, en la sentencia T-610 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de tutelas de la Corte concedió la protección constitucional a la empleada del Hospital departamental de Nariño, quien había sido desvinculada de un cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. La Corte determinó que “la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado”<sup>10</sup>.

En el contexto anterior, la Corte reiteró la posición según la cual los actos de remoción de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación

-dado el carácter personalísimo del cargo-, pero que los de carrera sí lo requieren, incluso cuando están siendo ocupados por funcionarios en interinidad o provisionalidad. (...)

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción. (sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Similar decisión adoptó la Sala Novena de Revisión de tutelas al dictar la sentencia T-752 de 2003. La peticionaria, una empleada del Club Militar de Oficiales de Bogotá, había sido desvinculada sin motivación alguna del cargo que venía ocupando en dicho club. La autoridad nominadora sostenía que el cargo no era de carrera sino de libre nombramiento y remoción. Tras establecer que el cargo que la peticionaria ejercía sí era de carrera, pero que lo venía ocupando en provisionalidad, la Corte reiteró la posición ya decantada por la jurisprudencia en relación con la necesidad de motivación del acto de desvinculación. (...)

Nuevamente, en sentencia T-1011 de 2003, la Sala Séptima de Revisión de tutelas estudió el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que, aunque reconocía estar ocupando un cargo en provisionalidad, alegaba que el mismo era de carrera y que, por ello, gozaba de cierta estabilidad que consistía en que su desvinculación no podía ser decretada sin motivación alguna. Aunque la tutela fue denegada en aquella oportunidad porque el demandante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte reconoció que “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen”<sup>11</sup>.

Ahora bien, el aporte relevante de esta sentencia es el énfasis que se hace en el respeto por el derecho de los trabajadores a no ser desvinculados sino por motivos realmente vinculados con el interés público, y la proscripción de la arbitrariedad que en muchos casos se suscita cuando para reemplazarlos se nombra personal en provisionalidad, sin justificación alguna.

(...)

Finalmente, en la sentencia (...) T-597 de 2004, la Corte protegió el derecho de una funcionaria de la CAR cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, en un cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad. En el caso particular, la Sala se preguntó si violaba “los derechos fundamentales de una madre cabeza de familia” el que la entidad nominadora “declare la insubsistencia de su nombramiento en el cargo (...) al cual accedió sin haber participado en un concurso de méritos.”(sentencia T-951 de 2004)

En reciente sentencia, T-161 de 2005, la Corte protegió el derecho al debido proceso de un empleado que fue declarado insubsistente en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, ordenando al Fiscal General de la Nación expedir una nueva resolución motivada.

Al efecto señalo lo siguiente:

“...la falta de motivación del acto es un atentado contra la publicidad del mismo, en tanto se le impide al perjudicado conocer las verdaderas razones de la desvinculación-las cuales no pueden provenir de la simple discrecionalidad del nominador, dada la situación particular de los funcionarios que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera-y, por consiguiente, dificultan el despliegue de una eficiente oposición jurídica en contra del acto administrativo, tanto en vía gubernativa como en sede jurisdiccional. Por ello la Corte dijo que la vulneración del debido procedimiento administrativo que se verifica mediante la ausencia de la motivación del acto de desvinculación del servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad justifica la procedencia de la protección tutelar”

En conclusión, la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable -so pena de vulnerar el debido proceso-, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal necesidad de motivación cesa cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## 6. Análisis del caso concreto. Reiteración de jurisprudencia.

6.1. En el presente caso la actora instaura acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, pues estima que al expedir el Decreto No. 2446 de octubre 10 de 2005, mediante el cual ordena sin ninguna motivación su desvinculación del cargo de Asesora, Código 1AS, Grado 22 en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, que venía desempeñando en provisionalidad, se le han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital, a la especial protección de los niños y a la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia, y en tal medida solicita que se conceda la tutela como mecanismo transitorio y se ordene su reintegro en la planta de personal de la entidad demandada al cargo que venía ejerciendo o a otro de igual o superior

categoría.

Entrando en materia, se tiene que la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches fue nombrada en provisionalidad hasta por 6 meses en el cargo atrás mencionado, en tres oportunidades consecutivas, la primera de ellas el 2 de julio de 2004 a través del Decreto 1211, la segunda el 7 de diciembre del mismo año a través del Decreto 2369, y la última el 17 de julio de 2005 a través del Decreto 1503 (folios 11 a 13 del cuaderno de primera instancia). Del cargo en comento fue desvinculada mediante el Decreto 2446 de octubre 10 de 2005. Para una mejor ilustración de lo que se entrará examinar, y dado que el texto de los decretos de nombramiento es el mismo<sup>12</sup>, se transcribirá este, como también el de desvinculación:

“Por medio del cual se hace un nombramiento provisional.

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,

DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO.- Nómbrase en provisionalidad, hasta por seis (6) meses, a BERTHA CLEMENCIA YEPES WILCHES, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 51.679.724, en el cargo de Asesor, Código 1AS Grado 22 de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

PARAGRAFO.- En el evento que el cargo sea provisto por concurso, el nombramiento provisional terminará una vez el funcionario designado tome posesión del mismo.

COMUNÍQUESE Y CUMPLASE”.

Por su parte, el texto del Decreto 2446 de octubre 10 de 2005 (folio 29 del cuaderno de primera instancia), que desvinculó a la actora del cargo que desempeñaba es el siguiente:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Por medio del cual se desvincula a un servidor de la Entidad.

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el parágrafo del artículo 188 del Decreto 262 de 2000

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO.- Desvincular del servicio a BERTHA CLEMENCIA YEPES WILCHES, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 51.679.724, del cargo de Asesor, Código 1AS Grado 22 de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El presente decreto rige a partir de la fecha de su comunicación.

COMUNÍQUESE Y CUMPLASE”.

6.2. Como se puede apreciar, el cargo que venía desempeñando la actora en provisionalidad, esto es, el de Asesor, Código 1AS Grado 22 en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, es de carrera administrativa, pues no sólo así lo da a entender los decretos de nombramiento cuando en su párrafo señalan: “En el evento que el cargo sea provisto por concurso, el nombramiento provisional terminará una vez el funcionario designado tome posesión del mismo”, sino que también se desprende de los artículos 82 y 182 del Decreto 262 de 200013, que disponen:

“ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

(...)

c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

(...)

ARTÍCULO 182. Clasificación de los empleos. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

1) De carrera

## 2) De libre nombramiento y remoción

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

- Director
- Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público
- Procurador Delegado
- Procurador Judicial
- Asesor del Despacho del Procurador
- Asesor del Despacho del Viceprocurador
- Veedor
- Secretario Privado
- Procurador Regional

- Procurador Distrital
- Procurador Provincial
- Jefe de Oficina
- Jefe de la División de Seguridad
- Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo". (Subraya la Sala).

6.3. Así pues, al estar la señora Yepes Wilches ocupando en provisionalidad un cargo de carrera administrativa al interior de la Procuraduría General de la Nación, el acto de desvinculación debía ser motivado, tal como ya se vio en la parte dogmática de esta providencia. No obstante, como se aprecia del Decreto 2446 de octubre 10 de 2005, atrás transcrito, no se expresó en parte alguna las razones por las cuales se procedía de tal manera, como por ejemplo que se haya designado un reemplazo en base a un concurso de méritos o que la actora hubiese incumplido con sus deberes u obligaciones, sino que de manera breve y simple se limita a decretar la desvinculación y a indicar la fecha en la cual comenzará a regir. Del mismo modo, la Sala encuentra que no existe elemento de juicio adicional del que pueda deducirse la causa eficiente de la desvinculación, diferente a la simple decisión del Jefe del Ministerio Público.

En su intervención durante el proceso, la Procuraduría General tampoco esgrimió razón alguna para desvincular a la peticionaria, distinta a la aseveración de que, como se trataba de un cargo que venía ejerciéndose en provisionalidad, aquella tenía potestad discrecional para decretar la desvinculación por razones del servicio "y no está motivado porque no es obligación del nominador hacerlo en este caso".

La Sala reitera entonces, que la desvinculación del cargo de los servidores que ejercen en condición de provisionalidad empleos de carrera es una decisión administrativa que debe motivarse, pues esta exigencia hace parte de las garantías de estabilidad laboral de quienes desempeñan cargos de carrera administrativa. El incumplimiento de esta obligación es contrario al ejercicio efectivo del derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que la reserva en cuanto a las razones que sustentaron el retiro del cargo impide la adecuada defensa ante la justicia contenciosa.

En tales condiciones, la falta de motivación del acto administrativo por el cual se desvinculó del cargo a la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches es vulneratorio de su derecho al debido proceso y de su derecho de defensa, al tiempo que afecta directamente su derecho al mínimo vital y, por contera, el derecho a la salud de su hija, que depende económicamente de aquella y requiere de unas valoraciones y tratamiento médico. La vulneración se produce como consecuencia de haberse incumplido con un requisito exigido por la jurisprudencia constitucional, cual es el de la motivación del acto administrativo que ordena la desvinculación.

6.4. Por último, como se analizó en páginas precedentes, en el acápite del perjuicio irremediable -numeral 4º-, resultan cumplidos los requisitos fijados por el precedente constitucional acerca de la posibilidad de conceder el amparo excepcional como mecanismo transitorio<sup>14</sup>. La accionante es una madre soltera, e independientemente de que pueda predicarse o no de ella la calidad de madre cabeza de familia<sup>15</sup> con derecho a una protección especial<sup>16</sup>, y sin que se trate de aplicar para el caso de la Procuraduría el retén social, lo cierto es que ella se encuentra en circunstancias especiales que ameritan la protección transitoria, como que es responsable exclusiva del sostenimiento propio y de su menor hija. En el mismo sentido, en el expediente no se comprobó la existencia de alternativas económicas para la familia de la demandante distintas a su vinculación laboral con la entidad demandada, de ahí que se configure la inminencia de perjuicio irremediable en los términos del artículo 86 Superior, pues como se determinó, luego de la desvinculación la

accionante acumuló varias y cuantiosas deudas por concepto del crédito para la adquisición de su vivienda y de la administración del conjunto residencial donde habita, entre otros gastos propios de la subsistencia.

Si bien la accionante responde a una persona de apenas 44 años de edad y con plena capacidad productiva, con una formación profesional, esas circunstancias no garantizan por sí solas que pueda acceder a empleo fácilmente, y mucho menos en las circunstancias del desempleo generalizado por las que atraviesa el país.

Además, para la Sala resulta relevante el hecho, acreditado durante el trámite,<sup>17</sup> de las graves dolencias físicas que padece la hija de la demandante. Esta circunstancia refuerza la tesis de la existencia de perjuicio irremediable en el asunto bajo estudio, pues la desvinculación de la actora tiene consecuencias no sólo desde la perspectiva de la afectación del mínimo vital por la ausencia de ingresos, sino también frente al ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud previsto en el artículo 44 C.P., al cual el mismo Texto Constitucional le confiere carácter prevalente.

6.5. En consecuencia y de la misma manera en que la Corte ha resuelto asuntos análogos al presente<sup>18</sup>, la Sala amparará derecho al debido proceso de la ciudadana Yepes Wilches y en consecuencia, dejará sin efecto el acto administrativo que declaró su desvinculación y ordenará a la Procuraduría General de la Nación que reintegre a la demandante al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a otro equivalente o de superior categoría en el evento que ese estuviere siendo ejercido por otra persona. Además, si la Procuraduría insiste en la desvinculación, motivando el respectivo acto administrativo, por existir en el presente caso la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se le amparará transitoriamente, para lo cual se dispondrá que tiene derecho a permanecer en el cargo hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie de manera definitiva sobre la legalidad del acto, a condición que la actora inicie, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del Decreto motivado, la acción respectiva en contra del acto de

desvinculación.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## V. DECISIÓN

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

## RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias de tutela proferidas por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de noviembre 29 de 2005 y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de febrero 6 de 2006, que negaron el amparo invocado y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales invocados por la ciudadana Bertha Clemencia Yepes Wilches.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO el Decreto 2446 de octubre 10 de 2005, por medio del cual el Procurador General de la Nación desvinculó del servicio a la ciudadana Yepes Wilches. En consecuencia, ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en el término de cuarenta ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda al reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a otro equivalente o de superior categoría en el evento que ese estuviere siendo ejercido por otra persona.

Tercero.- Si la Procuraduría insiste en la desvinculación, motivando el respectivo acto administrativo, por existir en el presente caso la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se le amparará a la accionante transitoriamente, para lo cual se dispondrá que tiene derecho a permanecer en el cargo hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie de manera definitiva sobre la legalidad del acto, a condición que inicie, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del Decreto motivado, la acción respectiva en contra del acto de desvinculación. Para ello, la actora deberá promover la acción judicial correspondiente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto administrativo motivado al que se hizo referencia en el numeral anterior. En caso que la ciudadana Yepes Wilches deje de promover dicha demanda en el término previsto, cesarán los efectos de esta sentencia de conformidad con lo estipulado en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA T -634 DE 2006

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad (Salvamento de voto)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Mecanismo para controvertir la legalidad de un acto administrativo (Salvamento de voto)

Como acertadamente lo pusieron de presente los falladores de instancia y lo reconoce incluso la parte considerativa de la sentencia de la cual me aparto, la acción que debe utilizarse para discutir la legalidad de una situación como la aquí planteada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Ello en virtud del carácter eminentemente subsidiario que tiene la acción de tutela, la cual, ha reconocido la Corte Constitucional, no fue concebida para sustituir los procesos judiciales ordinarios y no debe ser usada en este sentido.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Referencia: expediente T-1327209

Actores: Berta Clemencia Yepes Wilches contra la Procuraduría General de la Nación

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Respetuosamente, me aparto del fallo proferido por la Sala Novena de Revisión de la Corte

Constitucional que integro con los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

La razón de mi disentimiento es que comparto la posición de los despachos judiciales que fallaron esta acción de tutela en sus dos instancias – la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia –, en el sentido de que en este caso existía otro medio de defensa judicial que la accionante debió utilizar, en lugar de haber interpuesto la acción de tutela.

Como acertadamente lo pusieron de presente los falladores de instancia y lo reconoce incluso la parte considerativa de la sentencia de la cual me aparto, la acción que debe utilizarse para discutir la legalidad de una situación como la aquí planteada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Ello en virtud del carácter eminentemente subsidiario que tiene la acción de tutela, la cual, ha reconocido la Corte Constitucional, no fue concebida para sustituir los procesos judiciales ordinarios y no debe ser usada en este sentido.

Además de ser evidente, esta circunstancia ha sido reiterada por la propia Corte Constitucional en muchísimas ocasiones, no obstante admitir que es cierto el argumento recurrentemente esgrimido por los accionantes en tutela sobre la congestión judicial y el tiempo que normalmente toma la resolución de tales acciones. Dentro de dichos pronunciamientos pueden destacarse las sentencias T-343 y SU-544 (ambas de 2001) que fueron citadas en la parte considerativa del fallo del cual disiento, así como las sentencias T-514 de 2003 y T-214 de 2004 y, en meses más recientes, los fallos T-132, T-158, T-224, T-467 y T-494, todos del corriente año 2006.

No obstante, lo anterior, la tutela fue concedida, al considerar dos de los Magistrados que integran la Sala Novena de Revisión que se acreditó la inminencia de un perjuicio

irremediable para la actora como consecuencia de su desvinculación laboral, por lo cual procedía la tutela, al menos como mecanismo transitorio. Calificación que no comparto, pues no es ello lo que resulta al confrontar la situación particular de la tutelante con lo que la misma Corte ha establecido en torno al concepto de perjuicio irremediable que da lugar a la concesión de la tutela como mecanismo transitorio<sup>19</sup>.

Por lo demás, considero importante resaltar que cuando la Corte accede a conceder el amparo solicitado en casos como el presente, va en contravía de la posición reiterada y clara de la Sección Segunda del Consejo de Estado, máxima autoridad de la jurisdicción especializada competente para conocer situaciones como la que ha dado origen a esta acción de tutela<sup>20</sup>.

Si la Corte Constitucional reconoce, como en efecto lo hizo en esta sentencia, que para resolver de fondo este tipo de asuntos es necesario en todo caso ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez especializado competente, la protección dada por la Corte termina alimentando sin fundamento suficiente las ilusiones y expectativas del tutelante, que pueden resultar frustradas al resolverse el asunto de manera definitiva. Además, no comprendo por qué se desecha la mayor experiencia, el conocimiento y la jurisprudencia de altos jueces, integrantes del órgano límite de la jurisdicción especializada, que la misma Constitución ha instituido como tribunal supremo para resolver casos como el aquí analizado.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones de mi respetuoso disentimiento.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

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

2 Ibídem

3 Sentencia T-575 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

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

5 Sentencia T-1316 de 2001.

6 Cfr. Con la Sentencia T-800 de 1998, por la cual la Corte resolvió un caso similar al apreciar que la peticionaria y su hijo se enfrentaban a un perjuicio irremediable con la desvinculación de la primera.

7 En esta ocasión, la Corte ordenó expedir el acto administrativo indicando las motivaciones, ajustadas a derecho, en virtud de las cuales se determinó la desvinculación. Y añadió la Corporación que en caso de no presentarse motivos ajustados a derecho en la motivación de la desvinculación se debería proceder al reintegro de la afectada. La Corte no ordenó la revinculación, pues en el expediente no constaba prueba suficiente para determinar si la desvinculación sí había tenido motivos suficientes o se había debido al mero capricho de la administración.

8 Cfr. Sentencia T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

9 “Decreto Ley 2400 de 1968 Artículo 26.-El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.”

10 Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

11 Sentencia T-1011 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

12 El Decreto 1503 de julio 7 de 2005 no contiene el párrafo que sí traen los demás.

13 Decreto 262 de 2000: “por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

14 Claro ejemplo del amparo otorgado por la Corte en situaciones similares es la Sentencia T-1011/03 en la cual se analizó el caso de un funcionario de la Fiscalía que estaba nombrado en provisionalidad y fue desvinculado mediante acto administrativo sin motivación. La Corte encontró que la tutela no era procedente pues a pesar de que el actor había quedado sin empleo, su cónyuge sí se encontraba laborando y recibía un salario que para la Sala de Revisión era suficiente para que no se configurara un perjuicio irremediable. Sin embargo, en el mismo fallo se indicó de manera clara que: “Así, el nominador deberá tener en cuenta las condiciones de vida del funcionario que será removido, en particular cuando no será reemplazado por quien ha ganado el concurso, sino por otro empleado en provisionalidad, ya que, eventualmente, se podrá causar agravio a los derechos fundamentales de la persona desvinculada, por ejemplo cuando se trata de madres cabeza de familia carentes de otra fuente de ingresos que no sea su salario, como también de madres solteras de las cuales depende el sustento económico de hijos menores de edad, más aún cuando no disponen de vivienda propia y con su salario pagan el canon del arrendamiento correspondiente”.

En eventos como estos, la Corte ha concedido el amparo como mecanismo transitorio, al

determinar que si bien es cierto la jurisdicción especializada decidirá definitivamente sobre el fondo del asunto, también lo es que las personas arbitrariamente desvinculadas de la función pública cuando ejercen cargos en provisionalidad, merecen el respeto propio de todo ser humano y el reconocimiento de condiciones dignas de vida, tanto para ellas como para quienes integran su núcleo familiar, más aún cuando hay menores que dependen afectiva y materialmente de la persona inconstitucionalmente desvinculada de su empleo.

En las sentencias T-800/98 y T-884/02 en las cuales exfuncionarias de la Fiscalía, nombradas en provisionalidad, habían sido desvinculadas de la entidad sin motivación. En el primer caso se trataba de la desvinculación laboral de una madre soltera que no tenía casa propia; en el segundo, de una madre cabeza de familia, con dos hijos, y sin vivienda propia. En las dos ocasiones se ordenó la revinculación de las funcionarias, como medida transitoria de protección.

En el mismo sentido, la Sala Sexta de Revisión, en la Sentencia T-951/04 encontró que la tutela era procedente para proteger los derechos fundamentales de una exfuncionaria de la Gobernación del Huila - desvinculada sin motivación aduciendo que su nombramiento era en provisionalidad-. La Sala otorgó la protección, en razón a su calidad madre cabeza de familia cuya hija se encontraba próxima a la realización de una operación. Recientemente, en la Sentencia T-1159/05, la misma Sala de Revisión concedió la tutela a una madre cabeza de familia que había sido desvinculada sin motivación de su cargo en la Fiscalía y, como consecuencia de esto, estaba sufriendo serias afectaciones mentales y no pudiendo atender las necesidades de sus hijos.

15 En efecto, la ciudadana Yepes Wilches tiene a su cargo económicamente a su menor hija de manera permanente y exclusiva, sin que cuente con la ayuda de otras personas que hagan parte de su núcleo familiar. Por tanto, reúne las condiciones previstas en la definición de madre cabeza de familia prevista en el artículo 2º de la Ley 82 de 1993.

16 Ver, entre otras las sentencias, C-034 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-184/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa C-964 de 2003 y C-174 de 2004 M.P., Alvaro Tafur Galvis.

17 Cfr. Folios 35 a 38 del cuaderno de revisión. Copias de distintas órdenes médicas y diagnósticos de la menor Daniela María Moreno Yepes.

18 Cfr. Sentencias T-884 de 2002 y T-267 de 2005.

19 Ver especialmente las consideraciones en torno al concepto de perjuicio irremediable contenidas en la sentencia T-1316 de 2001 (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes).

20 Ver especialmente la sentencia de unificación dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 13 de Marzo de 2003 (Ref. 4972-01), con ponencia del Consejero Tarsicio Cáceres Toro