

Sentencia T-641/11

(26 agosto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de funcionario nombrado en provisionalidad en cargos de carrera

La necesidad de motivar los actos administrativos por los cuales se declaran insubsistentes funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera, y la posibilidad de interponer la acción de tutela para ordenar al nominador la motivación del acto, se fundamenta en una sólida y uniforme línea jurisprudencial que la Corte ha establecido de tiempo atrás. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la motivación del acto administrativo acorde con los parámetros legales y jurisprudenciales, es fundamental para garantizar el debido proceso de manera que el afectado pueda defenderse y controvertir las razones que conllevaron a su desvinculación ante la jurisdicción competente.

CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Por la naturaleza de sus funciones, el retiro depende de la discrecionalidad del nominador/CARGO DE CARRERA-El mérito es el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción del servicio

La Corte ha afirmado que los cargos de carrera gozan de mayor estabilidad laboral que las de un cargo de libre nombramiento y remoción, ya que para los primeros se exige la motivación del acto administrativo que los desvincula, en tanto que para los segundos, por la naturaleza de sus funciones, el retiro depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador. La ley establece que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de 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” cuando sea necesario para el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad.

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-Se ordena proferir nueva sentencia que tenga en cuenta el precedente jurisprudencial en materia de motivación del acto de

desvinculación de funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera

I. ANTECEDENTES

Fundamentos de la demanda de tutela¹

1. El demandante fue nombrado en provisionalidad mediante la resolución número 300 del 5 de marzo de 2007 como Profesional Especializado Código 2028, Grado 22, perteneciente a la planta global de empleado públicos de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca en un cargo de carrera administrativa, y tomó posesión del mismo el 6 de marzo de 2007 según consta en el Acta de Posesión No. 042 de la misma fecha, en un empleo de la Subdirección de Administración de los Recursos Naturales y Áreas Protegidas.

1. El actor desempeñó el cargo de Profesional Especializado desde la fecha de posesión, el día 6 de marzo de 2007, hasta el 12 de marzo de 2008 cuando mediante la resolución número 0422 del 10 de marzo de 2008, comunicada mediante el oficio 2008-0000-03610-2 del 11 de marzo del mismo año, fue declarado insubsistente sin motivación.

1. El accionante presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción Contencioso Administrativa el 3 de julio de 2008 impetrando la nulidad del acto de insubsistencia, teniendo en cuenta que dicho acto no fue motivado de acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la normatividad vigente al momento de proferirlo. (Parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y artículo 10 del Decreto 1227 de 2005.)

1. El 26 de noviembre de 2009, el Juzgado 24 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá profirió sentencia de primera instancia, negando las pretensiones del actor al considerar que

éste no se encontraba inscrito en carrera administrativa por cuanto su vinculación se efectuó mediante un nombramiento en provisionalidad.

1. Respuesta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda

Estima el Tribunal que en la sentencia proferida por el mismo, los fundamentos y argumentos de derecho se encuentran debidamente consignados. Asimismo manifiesta que el razonamiento jurídico de la sentencia se sujetó a las disposiciones legales vigentes teniendo como referencia la normatividad y la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por lo anterior, no se verifica la configuración de la vía de hecho y no es procedente la tutela contra la sentencia en cuestión.

1. Decisión de tutela objeto de revisión

1. Única instancia5:

En sentencia del 13 de diciembre de 2010, la Sección Segunda, Sub-sección "A", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró improcedente la tutela que buscaba dejar sin efecto la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, argumentando que la misma fue proferida según unas consideraciones que se dejaron claramente explicadas en relación con los cargos formulados por el demandante y por tal razón no son de recibo los argumentos esgrimidos por el actor. Si bien se reconoció que el demandante hizo uso de los medios que brinda la ley, tomar una decisión en contrario atentaría contra los principios constitucionales de autonomía e independencia de los jueces de la República y contra el principio según el cual en las decisiones judiciales los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia es solo criterio auxiliar de la actividad judicial.

I. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en lo prescrito en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del diez (10) de mayo de dos mil once (2011) de la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de la Corte Constitucional.

1. Problema jurídico

En el presente caso, la Sala deberá resolver si la declaración de insubsistencia de un funcionario público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa debe ser motivada, y si en caso de no serlo, vulnera sus derechos al debido proceso, a la defensa, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, el principio de confianza legítima y a la protección judicial.

Para responder al problema planteado, se analizarán los siguientes temas: (i) Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia; (ii) Deber de motivación de las insubsistencias de funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera. Reiteración de jurisprudencia; (iii) Caso concreto.

3. Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. En reiterada jurisprudencia⁶, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales a pesar del carácter subsidiario de la misma, cuando está de por medio la amenaza o vulneración de derechos fundamentales⁷ y asimismo ha venido afinando en sucesivas sentencias los criterios de procedibilidad de la tutela en estos casos.

La sentencia C-590 de 2005, recogiendo la jurisprudencia constitucional en esta materia estableció, además de los requisitos genéricos⁸ y concurrentes que deben ser verificados en su conjunto para estudiar el fondo del asunto, una serie de requisitos específicos cuyo fin es determinar la prosperidad de la acción.

Se estableció de esta manera que la acción de tutela contra providencias judiciales, procede excepcionalmente si se cumplen los siguientes requisitos generales:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁹. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹⁰. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹¹. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y debe afectar los

derechos fundamentales de la parte actora¹². No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹³. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁴. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas¹⁵.

En cuanto a los requisitos específicos o causales especiales de procedibilidad, la sentencia C-590 de 2005 determinó que es necesario demostrar al menos uno de los siguientes vicios o defectos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁶ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que 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. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁷.

h. Violación directa de la Constitución¹⁸.

Con respecto al requisito específico de desconocimiento del precedente, la sentencia T-838 de 2007 precisó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede ser desconocida de cuatro formas: "(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela."

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiterada en esta materia desde 1993 hasta sus más recientes fallos, establece la procedencia de la acción de tutela contra providencias en casos excepcionales y considera contrario a la Carta que se excluya de manera general y absoluta la instauración de este amparo incluso contra las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado¹⁹.

3.2. Ahora bien, en el caso concreto se verifican algunas de las causales generales y de las causales específicas descritas anteriormente.

3.2.1. En primer lugar, se trata de una cuestión de evidente relevancia constitucional. Efectivamente, en diferentes sentencias la Corte Constitucional ha analizado el tema de la necesidad de motivación de los actos administrativos en virtud de principios de rango constitucional como el de publicidad, el debido proceso administrativo, el derecho de defensa y el derecho a la igualdad.

3.2.2. En segundo lugar, es claro que en el presente caso se han agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a disposición del actor. En efecto, éste interpuso la tutela contra un fallo de segunda instancia en el marco del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho que confirmó el fallo de primera instancia en contra de las pretensiones del actor.

3.3.3. Con relación al requisito de inmediatez, es claro que en el presente caso se cumple ya que la tutela fue interpuesta el 22 de noviembre de 2010 es decir un mes después de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunciara en segunda instancia sobre el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el actor contra la Resolución en la que la CAR lo declaró insubsistente sin motivación.

3.3.4. De otro lado, el presente caso no tiene que ver con una irregularidad procesal por lo que no es un punto que debe ser probado por el accionante.

3.3.5. También se evidencia que la parte actora ha identificado de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados habiendo alegado tal vulneración en el proceso judicial.

3.3.6. Finalmente, resulta probado que la sentencia contra la que se dirige la acción de tutela, es una sentencia emitida en el marco del proceso contencioso administrativo y no en un fallo de tutela.

3.3.7. En cuanto a los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela, encuentra la Sala que la sentencia atacada desconoce un claro, reiterado y sólido precedente constitucional porque restringe el alcance que la Corte ha dado, en múltiples casos

resolviendo problemas similares, a los derechos constitucionales fundamentales invocados por el accionante.

3.4. De lo anterior se desprende que en el caso objeto de estudio se verifican los requisitos generales y un requisito específico de procedibilidad excepcional de la tutela contra providencias judiciales por lo cual a continuación se pasará a analizar el fondo del asunto.

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

4.1. La necesidad de motivar los actos administrativos por los cuales se declaran insubsistentes funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera, y la posibilidad de interponer la acción de tutela para ordenar al nominador la motivación del acto, se fundamenta en una sólida y uniforme línea jurisprudencial que la Corte ha establecido de tiempo atrás²⁰.

En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la motivación del acto administrativo acorde con los parámetros legales y jurisprudenciales, es fundamental para garantizar el debido proceso de manera que el afectado pueda defenderse y controvertir las razones que conllevaron a su desvinculación ante la jurisdicción competente²¹.

En otras palabras, en el marco del Estado Social de Derecho y en virtud del principio de publicidad consagrado en la Constitución, se requiere que los actos administrativos de esta naturaleza sean motivados para poder ejercer el control jurídico de los mismos y establecer si se ajustan al orden normativo evitando eventuales arbitrariedades por parte de la Administración, así lo establece la sentencia SU-250 de 1998:

“Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209. (...) de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le

rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C.P. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso [...].”

4.2. En la sentencia T-1206 de 200422 en la que se reitera la posición de la sentencia SU-250 de 1998, se consideró que el hecho de que una persona esté nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, no significa que ésta carezca de estabilidad laboral ni que su posición sea asimilable a la de un cargo de libre nombramiento y remoción²³.

“Las consideraciones anteriores, aunque se refieren a la desvinculación de los notarios en interinidad, son plenamente aplicables al caso que aquí se debate, pues, conforme a lo dicho inicialmente, el hecho de que una persona se encuentre vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera judicial, no implica que su estabilidad laboral sea tan precaria como la de un empleado que está en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, la administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede desatender su obligación de motivar la decisión que adopte en este sentido”²⁴.

Efectivamente, los cargos de libre nombramiento y remoción consisten en el ejercicio de funciones de dirección o manejo, por lo que la provisión de este tipo de empleos supone la escogencia de la persona por motivos personales y de confianza, lo que explica la facultad discrecional del nominador²⁵ quien no tiene necesidad de motivar los actos de

desvinculación²⁶. Diferente ocurre con los cargos de carrera, “en los cuales el mérito es el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción en el servicio. La provisión de estos cargos de carrera está sujeta a la realización de los procesos de selección y concursos públicos que determine la ley. Por tal razón, el retiro de las personas que los ocupan sólo puede fundamentarse en razones objetivas”²⁷.

Por lo anterior la Corte ha afirmado que los cargos de carrera gozan de mayor estabilidad laboral que las de un cargo de libre nombramiento y remoción, ya que para los primeros se exige la motivación del acto administrativo que los desvincula, en tanto que para los segundos, por la naturaleza de sus funciones, el retiro depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador. La ley establece que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de 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”²⁸ cuando sea necesario para el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad.

La vinculación a los empleos del Estado a través de la provisionalidad es por consiguiente una excepción a la regla general que ordena la vinculación por concurso a la carrera administrativa. Si bien estos cargos no gozan de la estabilidad laboral de los cargos de carrera, sí cuentan con algunas garantías como la de la necesidad de motivar los actos de insubsistencia. Por lo anterior, el nominador no goza de la misma discrecionalidad para desvincular a empleados en provisionalidad como en los cargos de libre nombramiento y remoción a menos de que exista una justa causa²⁹.

Dado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera no declina por el hecho de encontrarse en provisionalidad, la jurisprudencia ha aclarado que éste podrá ser desvinculado solo por motivos disciplinarios, por baja calificación o porque se provea de manera definitiva la plaza mediante las reglas de concurso³⁰.

Es preciso motivar entonces en todo momento los actos administrativos a través de los cuales se desvincula a personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera porque de no hacerlo, se estaría amenazando o vulnerando el derecho de acceso a la justicia al poner a dichas personas en una situación de indefensión ya que carecerían de la posibilidad de controvertir el acto, alegar y probar su posición³¹. Ha dicho también la Corte³², que no es

posible alegar por parte de la Administración la presunción de legalidad del acto administrativo en estos casos para justificar la falta de motivación del acto por los mismos motivos descritos anteriormente.

4.3. En cuanto al contenido de la motivación, la sentencia SU-917 de 2010, especificó los requisitos materiales de la misma y se refirió al principio de “razón suficiente” relacionado con la enunciación de los hechos y las circunstancias por las cuales se toma la decisión de remover a cierto funcionario.

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”³³. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “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”³⁴.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”³⁵.

4.4. En virtud de lo anterior y en aras de garantizar el debido proceso, la regla jurisprudencial

que la Corte de manera reiterada ha aplicado en estos casos se resume en lo siguiente: “el deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se extiende a los casos en los cuales el empleado desvinculado se encuentra ocupando el cargo de manera provisional, y la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del trabajador”.³⁶ Esta regla ha sido sintetizada por la sentencia T-838 de 2007 de la siguiente manera

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

5. Caso concreto

5.1. En el presente caso se encuentra probado que el señor Elkin José Gil Correa, trabajó en la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca ocupando en provisionalidad el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 22 en la Subdirección de Recursos Naturales y Áreas Protegidas, desde el 6 de marzo de 2007 hasta el 12 de marzo de 2008 cuando mediante la resolución número 0422 del 10 de marzo de 2008³⁷, comunicada mediante el oficio 2008-0000-03610-2 del 11 de marzo de 2008, fue declarado insubsistente sin motivación. En el marco del proceso contencioso, se estableció que el cargo del actor había sido provisto por carrera al ingeniero Orlando Ávila Gómez, vinculado a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y titular del empleo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18, quien ostenta derechos de carrera administrativa y cuya hoja de vida fue anexada al expediente de dicho proceso³⁸.

Del expediente se desprende que, en el marco del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor contra la Corporación

Autónoma Regional de Cundinamarca, el 21 de octubre de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁹ confirmó la sentencia del 26 de noviembre de 2009 proferida por Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá Sección Segunda⁴⁰, en el sentido de negar las pretensiones del actor por considerar que los actos que declaran la insubsistencia de funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no deben ser motivados.

El actor considera que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, vulnera sus derechos al debido proceso, el derecho a la defensa, al acceso a la administración de justicia, el derecho a la igualdad, el principio de confianza legítima y el derecho a la protección judicial al desconocer el precedente constitucional en esta materia.

5.2. Con relación a la necesidad de motivar los actos que declaran la insubsistencia de funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, es claro e incuestionable el precedente constitucional que establece que cuando éstos son desvinculados de las entidades sin motivación, es posible acudir a la acción de tutela con el fin de proteger y corregir dicha vulneración en virtud del derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la defensa. También es posible acudir al amparo constitucional cuando el juez contencioso administrativo desconoce el precedente constitucional negando la nulidad del acto no motivado.

De manera que, si bien la Corte reconoce que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado que no se requiere motivar los actos de insubsistencia de servidores nombrados en provisionalidad, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que los actos no motivados vulneran el derecho al debido proceso y por esta misma vía los derechos de defensa, trabajo y estabilidad laboral al impedirle al servidor impugnar ante la justicia las razones de su desvinculación.

5.4. Por lo anterior, en casos similares al que se analiza se ha establecido que, cuando se desvincula del servicio a un empleado que se encuentra en estas condiciones sin que exista para ello una causa justificativa, se incurre en una desviación de poder susceptible de control judicial".⁴² En este tipo de casos, la Corte ha resuelto ordenar a la entidad correspondiente que motive la resolución de insubsistencia y en ocasiones recientes, ha determinado el reintegro⁴³ al cargo del funcionario⁴⁴ siempre que el cargo no haya sido provisto por concurso, o se ha ordenado al juez de instancia a que profiera una nueva decisión acatando

el precedente jurisprudencial de la Corte⁴⁵.

5.5. En esta oportunidad, se analiza el caso de un servidor vinculado en provisionalidad a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y declarado insubsistente mediante acto no motivado. Tanto la sentencia de primera instancia que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el actor contra la CAR, como la sentencia de única instancia que estudió la acción de tutela contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negaron las pretensiones del actor con el argumento de que no se requiere motivar los actos de insubsistencia de funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera, desconociendo el precedente jurisprudencial de la Corte que en innumerables ocasiones ha tutelado el derecho al debido proceso de servidores en provisionalidad desvinculados sin motivación a partir de un análisis constitucional de este tipo de situaciones.

En esta ocasión, la sentencia de primera instancia considera que no puede aplicarse a los cargos en provisionalidad, las mismas reglas y presupuestos de los cargos de carrera administrativa. Resulta sin embargo contradictorio que si bien el Tribunal Administrativo confirma la decisión de primera instancia, afirma que no son análogas las situaciones administrativas del nombramiento en provisionalidad en cargo perteneciente a la carrera y el cargo de libre nombramiento y remoción ya que citando la jurisprudencia de la Corte, los primeros tienen una estabilidad relativa y el retiro debe ser motivado. En consecuencia, la sentencia del Tribunal señala que en este caso la motivación del acto acusado fue el ascenso concedido a quien venía inscrito en la carrera. Sin embargo esa supuesta motivación no está señalada en el acto de insubsistencia en el cual solo se reafirma la tesis del Consejo de Estado relativa a la no motivación de los actos de desvinculación de empleados que ocupen cargos de carrera en provisionalidad.

En síntesis, el Tribunal no puede argumentar que sí se requiere motivación para desvincular al actor y afirmar que dicha motivación de alguna manera implícita, corresponde al ascenso de otro empleado de carrera cuando dicha motivación no aparece en el acta de insubsistencia la cual se limita a reproducir sentencias del Consejo de Estado que apoyan la tesis de la no motivación de este tipo de actos. Por consiguiente, la posición del Tribunal si bien reconoce la diferencia entre los requisitos de desvinculación en los cargos en provisionalidad y los de libre nombramiento y remoción, no corresponde al precedente

sentado por la Corte Constitucional porque es contradictoria y confirma la sentencia de primera instancia.

La Sala encuentra que las sentencias del Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, y la del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que la confirma, no tuvieron en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional para resolver el caso en cuestión y que por ende se trata de providencias que vulneran la Constitución Política. Como lo ha reconocido en otras oportunidades esta Corporación, se admite la separación del precedente pero en virtud del principio de igualdad, ésta debe ser suficientemente motivada.

5.5. No obstante lo anterior, en esta ocasión la Corte reconoce la imposibilidad de reintegrar en el cargo al señor Elkin José Gil Correa en vista de que éste ha sido provisto por el ingeniero Orlando Ávila Gómez quien ostenta derechos de carrera administrativa. Sin embargo, lo anterior no significa que el acto de insubsistencia no esté viciado de nulidad⁴⁶ por el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP). En este orden de ideas, se revocará la sentencia proferida por la Sección Segunda-Subsección A, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 13 de enero de 2011 que rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Elkin José Gil Correa y se procederá a amparar los derechos del accionante a la defensa y el acceso a la administración de justicia, ordenando al juez de instancia, volver a pronunciarse sobre el caso teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional en esta materia.

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por la Sección Segunda-Subsección A, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 13 de enero de 2011 que rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Elkin José Gil Correa contra la sentencia del 21 de octubre de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó la providencia del Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá del 26 de noviembre de 2009. En su lugar, se CONCEDE el amparo impetrado por Elkin José Gil Correa, por violación de los derechos al debido proceso, derecho a la defensa, acceso a la administración de justicia, derecho a la igualdad, principio de confianza legítima, derecho a la

protección judicial.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado por del Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá el 26 de noviembre de 2009, y confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó la providencia el 21 de octubre de 2010.

TERCERO.- ORDENAR al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente fallo, vuelva a pronunciarse sobre el expediente No. 2008-00374-01, en el que el accionante es el demandante y la accionada la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional en casos similares.

CUARTO- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La acción de tutela fue presentada el 22 de noviembre de 2010.

2 Ver folio 21 del Cuaderno # 1.

3 Ver folios 22 a 34 del Cuaderno # 1.

4 Ver folios 58 a 71 del Cuaderno # 1.

5 Ver folios 88 a 98 del Cuaderno # 1 .

6 Ver entre muchas otras, las sentencias C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-158 de 1993, T-231 de 1994, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-949 de 2003, T-109 de 2009, T-186/09, T-396 de 2010.

7 C-590 de 2005. “A pesar de que la Carta Política indica expresamente que la acción de tutela procede “por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” susceptible de vulnerar o amenazar derechos fundamentales, en algunos ámbitos se ha cuestionado su procedencia contra sentencias, no obstante tratarse de actos emanados de jueces y tribunales en tanto autoridades públicas y la consecuente posibilidad, aunque sumamente excepcional, de que a través de tales actos se vulneren o amenacen derechos fundamentales”.

8 T-462 de 2003. “En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado”.

9 173/93.

10 T-504/00.

11 Ver entre otras la Sentencia T-315/05.

12 T-008/98 y SU-159/2000.

13 T-658-98.

14 T-088-99 y SU-1219-01.

15 C-590 de 2005.

16 Sentencia T-522/01.

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

18 C-590 de 2005.

19 Ver entre otras las sentencias T-838 de 2007, T-341 de 2008, T-186 de 2009 y T-109 de 2009, en las que la Corte concedió el amparo contra providencias judiciales en firme que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y desconociendo los precedentes constitucionales, negaron la nulidad de actos administrativos que sin motivación alguna desvincularon a funcionarios provisionales que ocupaban cargos de carrera.

20 Ver entre muchas otras, las sentencias SU-250 de 1998, T-610 de 2003, T-1206 de 2004, T-1240 de 2004, T 222 de 2005, T-108 de 2009, T-736 de 2009, T-396 de 2010. La sentencia T-109 de 2009 también recordó lo siguiente: “La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este punto se remonta a la Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual la Corte indicó que debía motivarse la desvinculación de una notaria que ocupaba en interinidad un puesto de carrera. Después de ella se han dictado, entre otras, las siguientes sentencias que han confirmado esa línea jurisprudencial: T-800/98, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-884/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610/03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-752/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-597/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-951/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1206/04, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-070/06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240/04, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-161/05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-031/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-123/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-132/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-222/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-374/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-392/05, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-660/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-696/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-024/06, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-222/06, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-254 de

2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-132 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-279 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-464 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-838 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-857 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-007 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-157 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-308 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-356 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Como bien se deduce de este listado, la posición jurisprudencial acerca de la necesidad de motivar las declaraciones de insubsistencia de las personas nombradas en cargos de carrera, en provisionalidad, es compartida por todas las salas de revisión. Por otra parte, es importante anotar que varias de las sentencias relacionadas se refieren a declaraciones de insubsistencia dictadas por el Fiscal General de la Nación”.

21 T-222 de 2005

22 Caso muy similar al que se estudia en cuanto se trataba de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y que fue declarado insubsistente mediante una resolución no motivada.

24 T-1206 de 2004.

25 En la sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte reiteró lo expuesto en la ya mencionada sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sobre los cargos de libre nombramiento y remoción se dijo: “...como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador.”

26 T-610 de 2003.

27 Ibidem.

28 Sentencia T- 1206 de 2004.

29 T-384 de 2007.

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

31 SU-250 de 1998

32 T-884 de 2001

33 Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

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

37 Ver folio 21 del Cuaderno # 1.

38 Ver folios 6 a 10 del Cuaderno # 1.

39 Ver folios 72 a 77 del Cuaderno # 1.

40 Ver folios 48 a 57 del Cuaderno # 1.

41 T-838 de 2007, T-186 de 2009 y T-109 de 2009.

42T-1240 de 2004.

43T-1240 de 2004. Ver también las sentencias T-031 de 2005 y T-752 de 2003.

44 En otras ocasiones el Alto Tribunal ha ordenado directamente el reintegro del servidor

desvinculado cuando se demuestra la inminencia del perjuicio irremediable o si se está surtiendo el proceso contencioso administrativo. T-800 de 1998, T-610 de 2003, T-752 de 2003, T-1240 de 2004, T-031 de 2005, T-007 de 2008, T-396 de 2010.

45 T -838 de 2007

46 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98, C-371 de 1999, T-1206 de 2004, T-132 de 2007, T-736 de 2009, entre otros.