

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Desarrollo jurisprudencial

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-
Necesidad de motivación del acto de desvinculación

ACCION DE TUTELA-Procede para solicitar motivación del acto de desvinculación del servicio
más no para el reintegro

Como quiera que la pretensión de la actora es lograr su reintegro al cargo, la misma debe tramitarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, la jurisprudencia constitucional, ha manifestado que cuando sin motivación alguna se produce la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada, no a obtener el reintegro, sino la motivación del acto de desvinculación del servicio. Es claro en el presente caso, que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial orientado a obtener que la Administración produzca esa motivación, que, como ha dicho la jurisprudencia, es necesaria para establecer si ha habido una lesión de los derechos fundamentales. Por consiguiente, resulta en este caso procedente la tutela como mecanismo definitivo, porque la decisión que resuelva que hay lugar al amparo, conduciría a una actuación de la Administración que es autónoma de los procesos contencioso administrativos que podrían suscitarse a partir del acto de desvinculación. La orden de amparo consistirá en obtener que la Administración motive el acto de desvinculación, si existen motivos para ella, caso en el que si la afectada lo considera, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si la Fiscalía General de la Nación niega la motivación del acto de desvinculación, no obstante la conminación del juez de tutela, tal situación equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador,

razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Referencia: expediente T-1345509

Acción de tutela instaurada por María Cristina Vergara de Macía contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., nueve (9) de agosto de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

La señora María Cristina Vergara de Macía interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación por la presunta violación que esta entidad ha hecho respecto de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. Afirma la demandante, que se vinculó a la Fiscalía General de la Nación desde el 9 de diciembre de 2002, cuando el Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 02110 la nombró en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario II de la Oficina de Protección y Asistencia de dicha entidad. La posesión en dicho cargo se produjo el 8 de enero de 2003.

2. Posteriormente, mediante Resolución No. 0-0387 de febrero 21 de 2003, el Fiscal General de la Nación, le asignó las funciones de Jefe de la Oficina de Protección y Asistencia, desde el 23 de febrero hasta el 11 de marzo de ese mismo año.

3. El 15 de noviembre de 2005, la accionante se reintegró a su cargo luego de su periodo de vacaciones. Ese mismo día fue notificada del contenido del oficio STGR-2-08660 de noviembre 15 de 2005, por medio del cual la Secretaria General de la Fiscalía, le comunicó que le Fiscal General de la Nación, mediante Resolución No. 0-3902 de esa misma fecha, declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Profesional Universitaria III de la Oficina de Protección y Asistencia.

4. Considera la accionante, que la resolución por la cual es declarada insubsistente, es manifiestamente contraria al orden constitucional, pues el Fiscal General de la Nación se limitó a invocar la facultad discrecional a él concedida por la Constitución, en contravía de la reiterada posición jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la protección del derecho al debido proceso, que señala que la potestad discrecional del Fiscal para disponer la desvinculación no es absoluta, sino por el contrario es restringida, en tanto que dicha potestad se somete a la existencia de una sanción disciplinaria o por la ocupación del cargo por aquel que lo obtuvo por concurso de méritos.

5.. Frente a estas circunstancias, advierte la accionante que si bien el Fiscal General de la Nación no ha convocado a concurso, ha seguido produciendo declaratorias de insubsistencias.

6. De la misma manera, señala que, si bien no cuenta con copias de los oficios OJ 001249 y 001285 del 25 y 31 de agosto de 2005, suscritos por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía y dirigidos al señor Fiscal, conoció el contenido de los mismos, en los que se advierte acerca de los efectos desfavorables que se generan para la entidad, al proferirse

declaratorias de insubsistencia sin el sustento válido pertinente. Aclara que aún cuando dichos conceptos no obligan, se sugiere acatar la tesis de la Corte Constitucional, o en su defecto, buscar el cambio jurisprudencial de dicha corporación.

7. Ahora bien, en tanto se produjo su separación del cargo, manifiesta la tutelante que la pérdida intempestiva de sus ingresos afectó drásticamente su calidad de vida, llevándola a incumplir con sus pagos por concepto de seguridad social en salud, así como también frustró su derecho a la pensión de vejez, toda vez que no cuenta con los recursos económicos para asumir los aportes correspondientes a escasos nueve (9) meses de cotizaciones que le hacían falta consolidar tal derecho, pues el monto de las cesantías que le fueron liquidadas sólo le alcanzaron para cubrir los gastos por espacio máximo de tres (3) meses.

8. Aclara igualmente que tienen una hija que se encuentra en la actualidad iniciado un doctorado en antropología, y que los ingresos que ella percibe son mínimos vista su condición de becaria, razón por la cual no puede brindarle a ella y a su esposo apoyo económico alguno.

9. En cuanto a su condición económico familiar, la actora señala que vive con su esposo en un apartamento de su propiedad, libre de cualquier gravamen, y que los ingresos que su esposo percibe son insuficientes e inestables, lo que no les permite asumir los gastos mínimos de manutención, pago de servicios, administración del apartamento, y de una obligación financiera contraída por la compra de un vehículo. Es por esta razón que los gastos regulares del hogar se suplían con sus ingresos laborales regulares.

10. Si bien cuenta con dos títulos profesionales como fisioterapeuta y abogada, no cuenta con posibilidad alguna de trabajo, por cuanto está próxima a cumplir sesenta (60) años de edad.

11. Por todo lo anterior, la declaratoria de insubsistencia a vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y sobre todo al vida en condiciones dignas.

12. Considera así mismo que la decisión asumida por el Fiscal General de la Nación es arbitraria y desconoce, no sólo su buena hoja de vida, su edad, sino que además olvida que dicha entidad la había citado, con la obligación de asistir, a las dos fases que conforman el Programa de Prejubilados dictado por Comfenalco, los que concluyeron con la entrega de una constancia de participación de fecha 24 de septiembre de 2004. Que en esa medida, conociendo la Fiscalía la proximidad para cumplir con los requisitos para el reconocimiento de su derecho pensional, el que meses antes se proceda a su destitución, implica una burla.

13. Por otra parte, señala la tutelante que la Ley 812 de 2003 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, al que por disposición del artículo 4° se encuentra incorporado el Plan Sectorial de la Rama Judicial, en el que se encuentra incluida la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, señala en el literal D, del artículo 8 que para efectos de la renovación de la administración pública, queda a salvo “lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”. Por lo anterior, la accionante espera igual tratamiento que el otorgado a los servidores públicos que ostentan la calidad de prejubilados cuando las entidades en las que laboraban ha sufrido alguna transformación, “porque su fundamento no es un beneficio otorgado por gracia de la ley, sino un derecho de clara estirpe constitucional.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por todo lo anterior, la accionante interpone la presente acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues advierte que si bien cuenta con otra vía judicial como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción

contenciosa administrativa, dicha vía no le ofrece el mismo nivel de protección y eficiencia que la acción de tutela, pues esta vía judicial puede tardar varios años antes que se resuelva.

Por lo anterior, solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la vida digna y para ello pide se ordene a la Fiscalía General de la Nación, dejar sin efecto la Resolución No.0-3902 del 15 de noviembre de 2005 emitida por el Fiscal General de la Nación, y en su lugar, sin solución de continuidad, proceda de manera inmediata a su reintegro al servicio del ente investigador en un cargo equivalente o de mejor categoría, hasta que la entidad responsable de su pensión de vejez se haga cargo de ella o la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncie de fondo sobre su desvinculación, o lo que suceda primero.

Finalmente anota la actora que se deberá advertir que la anterior permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción que ejercerá la actora en contra de la mencionada resolución y dentro del término de los cuatro (4) meses que señala la ley.

2. Intervención de la entidad demandada.

La Fiscalía General de la Nación, por medio de apoderado judicial intervino en el trámite de esta acción de tutela, solicitando se declare improcedente esta acción de tutela al considerar que la desvinculación de la demandante fue realizada respetando la normatividad legal y constitucional. Los argumentos de la Fiscalía, fueron los siguientes: (i) Si bien el cargo desempeñado por la demandante es de carrera administrativa, la señora Vergara de Macía, no accedió al mismo como resultado de un concurso. (ii) Dado que el carácter del nombramiento de la accionante era en provisionalidad¹, el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento no debía motivarse, y, (iii) el Fiscal General de la Nación

simplemente por motivos del buen servicio o de reorganización de la entidad estaba facultado para dictar la resolución de insubsistencia, sin tener que entrar a motivarlo, por lo cual no es dable afirmar que la entidad vulneró a la señora Vergara Macía el derecho al debido proceso.

Finalmente, se advierte que la accionante cuenta con otra vía judicial como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, vía en la cual puede solicitar la suspensión provisional del acto.

3. Decisiones objeto de revisión.

3.1 Sentencia de primera instancia.

Mediante fallo del 20 de enero de 2006, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca negó el amparo reclamado por la señora María Cristina Vergara de Macía.

Consideró el a quo que la presente acción de tutela resultaría viable en el eventual caso de que la accionante demostrara la falta de idoneidad suficiente del medio judicial ordinario para restablecer la plena vigencia e inmediata de los derechos que estima quebrantados, lo cual sin embargo, no parece demostrado en el proceso. Advierte el juez de primera instancia, que por el contrario, la accionante “se tomó un mes, contado desde la fecha en que tuvo conocimiento de la expedición de la resolución de la que se duele, para ejercer la acción de tutela que dio lugar al presente proceso. Hecho que por sí solo permite colegir que la necesidad de la protección inmediata de los derechos cuyo amparo demanda no era urgente e impostergable.”

Considera además la Sala, que sobre la base de lo dispuesto en el C.C.A., el empleo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y la solicitud simultánea de la suspensión de los efectos del acto administrativo enjuiciado, se constituye en la vía judicial idónea para los fines perseguidos por la actora con este proceso.

Finalmente, señala el a quo que en el presente caso no se aprecia que se éste ante un perjuicio irremediable a evitar, pues, de una parte, los efectos del acto administrativo ya se consumaron, y de otra, como bien lo afirma la parte accionada, cuenta con mecanismos jurídicos que le garantizan su subsistencia en un periodo razonable –mientras ejerce la acción ordinaria en comentario, y el acceso a los servicios de salud subsidiada.

3.2 Sentencia de segunda instancia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia del 2 de marzo de 2006, confirmó el fallo de primera instancia, empleando en su decisión argumentos similares a los del juez de primera instancia. Con todo, señaló además que la accionante al solicitar la protección transitoria de sus derechos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no demostró la concurrencia de los elementos necesarios para que la protección por ella reclamada proceda,. Es decir, que le perjuicio sea inminente, urgente, grave e impostergable.

Agrega el ad quem que la misma accionante advierte manifestó que contaba con algunos recursos económicos representados en sus cesantías, así como en los limitados ingresos que percibe su esposo, los que si bien, no les permite vivir de diciembre de en las mismas condiciones en las que lo venían haciendo, son los suficientes para considerar que su derecho al mínimo vital no se puede considerar como vulnerado.

5. Pruebas aportadas al proceso.

- Folio 8, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María Cristina Vergara de Macía.
- Folio 9, fotocopia de la tarjeta profesional de abogada de la señora Vergara Macía.
- Folios 11, fotocopia de la Resolución No.0-2110 del 09 de diciembre de 2002, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación la nombra en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario II de la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación.
- Folio 12, fotocopia del acta de posesión de la señora Vergara de Macía del 8 de enero de 2003 en el cargo de Profesional Universitario II de la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación.
- Folio 13, fotocopia de la Resolución No. 0-0387 del 21 de febrero de 2003, por medio de la cual se encarga a la señora Vergara de Macía como Jefe encargada de la Oficina de Protección y Asistencia.
- Folio 14, copia del oficio STGR-2-08660 del 15 de noviembre de 2005, al que se anexó copia de la Resolución No0-3902 de la misma fecha, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento de la accionante en el cargo de Profesional Universitario III de la Oficina de Protección y Asistencia.

- Folio 23, Copia del cuadro en el cual la accionante anota detalladamente el tiempo laborado que le hace falta para ser acreedora de su pensión de vejez, con fecha de corte a septiembre 10 de 2004.

- Folio 24, declaración extraproceso presentada ante el Notario Quince de Bogotá D.C., del señor José Macía Gutiérrez, esposo de la accionante, y del señor Mauricio Arango Sorzano.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

2. Problema jurídico.

En el caso objeto de revisión, la demandante argumenta que sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, fueron vulnerados por la Fiscalía General de la Nación, al haber proferido la Resolución No. 0-3902 del 15 de noviembre de 2005, mediante la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario II de la Oficina de Protección y Asistencia, sin que a su juicio, existieran razones para ello. Por tal razón, solicita que el referido acto administrativo “se deje sin efectos” y en consecuencia, se

ordene a la entidad demandada reintegrarla a un cargo de igual o superior jerarquía.

La entidad demandada afirmó que la declaratoria de insubsistencia respondió a razones del servicio. De igual manera argumentó que por ocupar un cargo de manera provisional, el acto administrativo por medio del cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, no tenía que motivarse. Advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la situación de quien ocupa un cargo de carrera de manera provisional se equipara a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Los jueces de instancia negaron por improcedente la solicitud de amparo por considerar que la demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa mecanismo a través el cual puede igualmente solicitar de manera provisional la suspensión de los efectos del acto atacado, y porque el juez constitucional no puede declarar la nulidad de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad.

Con fundamento en los anteriores hechos, corresponde a esta Sala determinar si la declaratoria de insubsistencia de un funcionario que desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del mismo, por haberse proferido tal acto sin motivación alguna.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte hará referencia a la jurisprudencia constitucional relacionada con la exigencia de motivar el acto por medio del cual se desvincula a una persona que ocupa un cargo de carrera y a la procedencia de la acción de tutela en caso de que no se cumpla la misma.

3. Debido proceso administrativo.

El derecho al debido proceso administrativo ha sido estudiado en múltiples oportunidades por esta Corporación. Al respecto, ha manifestado que éste derecho fundamental debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en desarrollo del principio de legalidad, según el cual toda competencia y toda función de las autoridades públicas deben estar previamente establecidas en la ley².

Igualmente, esta Corporación ha expresado, que “... el debido proceso administrativo como derecho fundamental se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración para su ordenado funcionamiento (entre otros, se destacan las disposiciones previstas en el artículo 209 de la Constitución y en el capítulo I del Título I del C.C.A., referente a los principios generales de las actuaciones administrativas), por virtud de los cuales, es necesario notificar a los administrados de las actuaciones que repercutan en sus derechos, otorgarles la oportunidad de expresar sus opiniones, y de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos. Actuaciones que, en todos los casos, deben ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley³”.

Así mismo en la sentencia T-803 de 2005, la Sala Quinta de Revisión señaló que “las disposiciones generales contenidas en la Constitución y desarrolladas en el Código Contencioso Administrativo, se aplican a todas las actuaciones administrativas, sin perjuicio de las reglas específicas que se hayan establecido en la ley para el trámite de determinados asuntos. Esto es, ni la regulación especial de las distintas actuaciones de la Administración, ni la aplicación que de tal regulación se haga por las autoridades en cada caso concreto, pueden desconocer los principios generales de la actuación administrativa previstos en la Constitución Política y desarrollados en la parte general del Código Contencioso Administrativo. Sobre esta materia, debe tenerse en cuenta que, tal como se ha señalado por esta Corporación⁴, el Código Contencioso Administrativo regula el procedimiento

administrativo ordinario y que si bien en el inciso 2º de su artículo 1º se dispone que “[l]os procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas ...”, a renglón seguido la norma señala que en lo no previsto en esas leyes especiales “... se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”.

Como se señaló anteriormente, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso, hace relación a que las autoridades deben actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción.

En conclusión, el derecho al debido proceso administrativo es definido, como (i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal⁵. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados⁶.

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

En diversas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado respecto de la motivación de los actos administrativos, como una garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, pues evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.

En sentencia SU-250 de 1998 la Corte se pronunció respecto de la motivación de los actos administrativos y en tal sentido señaló7:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, 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. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

(...)

El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.”

Al respecto, en la sentencia C-371 de 1999, la Corte manifestó que todos los actos administrativos que no estén excluidos por ley deben ser motivados, al menos sumariamente, en consecuencia no pueden existir tales actos sin motivación, si los hubiere, carecen de validez.

En consideración a lo anterior, la Corte, señaló posteriormente en la sentencia T-597 de 2004, la cual reitera la doctrina constitucional sobre la materia⁸, que “en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos”.

En consecuencia, la Corte ha reiterado que, por regla general, todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo debe ser motivado. No obstante, ha aclarado que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, tiene sus excepciones, como es el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, ya que en estos los empleados cumplen funciones de dirección, confianza y manejo, y la permanencia en los cargos dependen de la discrecionalidad del nominador⁹. Por lo tanto, la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a una persona que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción no vulnera sus derechos fundamentales.

En cuanto a los cargos de carrera administrativa, la situación es diferente, por cuanto el mérito es el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción en el servicio, en consecuencia los actos administrativos por medio de los cuales se retira a estos funcionarios deben fundamentarse en razones disciplinarias, de calificación insatisfactoria del servicio o por otra causal previamente establecida en la ley¹⁰.

La ley 443 de 1998¹¹ ha previsto que los cargos de carrera administrativa pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales. Respecto a esta situación, la Corte ha considerado que “La provisionalidad es una forma de proveer transitoriamente los cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales

y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal¹²".

Ahora bien, pese a la transitoriedad de estos nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera administrativa en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, ya que su desvinculación no puede estar sujeta a la discrecionalidad del nominador como está permitido en los cargos de libre nombramiento y remoción, sino que debe fundamentarse en una falta disciplinaria o porque se proveyó la vacante, luego de realizar el respectivo concurso.

5. Procedencia de la acción de tutela cuando una persona que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad es desvinculada mediante un acto administrativo no motivado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así mismo, ha señalado¹³ que la acción de tutela sólo procede en situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo no resulte eficaz, al punto de estar la persona que alega la vulneración o amenaza, frente a un perjuicio irremediable.

Los jueces de instancia, para denegar la solicitud de amparo, argumentaron la existencia de un medio alternativo de defensa judicial que hacía improcedente la acción de tutela, asunto que pasa a examinar la Sala.

La demandante considera que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad la decisión de la Fiscalía General de la Nación de declarar insubsistente su nombramiento, sin motivación alguna, del cargo de carrera administrativa que ocupaba en provisionalidad.

Encuentra la Sala que, cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial. Sin embargo, la acción tutela no es la vía adecuada para dirimir esa controversia, y la persona afectada debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del acto.

Excepcionalmente puede acudirse a la acción tutela como mecanismo transitorio, para lo cual sería necesario establecer la posibilidad de un perjuicio irremediable y acudir de manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo, situaciones que no alega la demandante en el proceso objeto de Revisión.

Como quiera que la pretensión de la actora es lograr su reintegro al cargo, la misma debe tramitarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, la jurisprudencia constitucional, ha manifestado que cuando sin motivación alguna se produce la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada, no a obtener el reintegro, sino la motivación del acto de desvinculación del servicio.

Es claro en el presente caso, que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial orientado a obtener que la Administración produzca esa motivación, que, como ha dicho la jurisprudencia, es necesaria para establecer si ha habido una lesión de los derechos fundamentales. Por consiguiente, resulta en este caso procedente la tutela como mecanismo

definitivo, porque la decisión que resuelva que hay lugar al amparo, conduciría a una actuación de la Administración que es autónoma de los procesos contencioso administrativos que podrían suscitarse a partir del acto de desvinculación.

Ahora bien, uno de los argumentos de defensa de la Fiscalía General de la Nación, consiste en señalar, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado no se requiere motivar el acto que desvincula a un trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa. Sin embargo, esta Sala no comparte dicho argumento, ya que desde el punto de vista constitucional y de la protección de los derechos fundamentales, es la Corte Constitucional quien realiza su estudio jurídico, mientras que el realizado el Consejo de Estado, tiene como fin establecer la legalidad o no del acto. En efecto, cuando la Corte se ha pronunciado en casos similares al que aquí se revisa, ha analizado la falta de motivación del acto administrativo desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, mientras que 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.¹⁴

Sobre este particular, en la sentencia T-884 de 2002, se dijo lo siguiente:

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin

motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental...”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por todas las consideraciones anteriores, la orden de amparo consistirá en obtener que la Administración motive el acto de desvinculación, si existen motivos para ella, caso en el que si la afectada lo considera, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si la Fiscalía General de la Nación niega la motivación del acto de desvinculación, no obstante la conminación del juez de tutela, tal situación equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada.

III. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los fallos proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se negó por improcedente la acción de tutela instaurada por la señora María Cristina Vergara de Macía. En su lugar CONCEDER la protección del derecho al debido proceso de la demandante.

SEGUNDO. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a dictar el acto administrativo motivado, mediante el cual se desvincula del servicio a la señora María Cristina Vergara de Macía.

TERCERO. ADVERTIR a la señora María Victoria Vergara de Macía que contra el acto administrativo que, en cumplimiento de esta providencia, profiera la Fiscalía General de la Nación, podrá ejercer las acciones contenciosas administrativas pertinentes. Para tales efectos, los términos comenzarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 A folio 11 del cuaderno principal del expediente de tutela, obra fotocopia de la Resolución No.0-2110 de diciembre 9 de 2002, por la cual se le nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitaria II de la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación.

2 En este sentido, son garantías que establece el debido proceso las siguientes: (i) ser oído antes de la decisión, (ii) participar en el proceso desde su inicio hasta su culminación, (iii) solicitar y aportar pruebas, (iv) la motivación de las decisiones, (v) las notificaciones oportunas y de conformidad con la ley, (vi) ejercer el derecho de contradicción, (vii) la posibilidad de impugnar las decisiones, entre otros.

3 Sentencia T-061 de 2002.

4 Ver sentencia C-252 de 1994.

5 Ver sentencia T-552 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

6 Ibídem.

7 En esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto señaló: “Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro. (...)”

8 Ver, entre otras, las sentencias SU-250 de 1998; T-610 y T-1011 de 2003: y T-597 y T-951 de 2004.

9 Entre otras, ver las sentencias T-222 de 2005 y C-292 de 2001.

10 Ver sentencias T-572 y T-1011 de 2003.

11 Esta ley fue derogada parcialmente por la ley 909 de 2004.

12 Sentencia T-1206 de 2004, entre otras.

13 Ver sentencia T-730 de 2003, entre otras.

14 Ver sentencia T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.