

Sentencia T-726/12

DEBER INEXCUSABLE DE MOTIVAR ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE TRABAJADOR NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN EL DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA POR ACCION U OMISION DE AUTORIDAD PUBLICA-Procedencia

ACCION DE TUTELA POR ACCION U OMISION DE AUTORIDAD PUBLICA-Procedencia según jurisprudencia del Consejo de Estado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales específicas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Desconocimiento del precedente constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN PRECEDENTE JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia

CORTE CONSTITUCIONAL-Ejercicio interpretativo directo de las cláusulas de los derechos fundamentales como órgano de cierre constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Proferir nuevo fallo observando el precedente constitucional sobre el deber inexcusable de motivación de actos administrativos de retiro de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reglas cuando no procede el reintegro

Referencia: expedientes acumulados de Yasmira del Carmen Gómez Bustillo contra el Tribunal Administrativo de Bolívar y la Fiscalía General de la Nación (T-3463471); Cosme Gregorio González Ramírez contra el Juzgado 23 Administrativo de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Fiscalía General de la Nación (T-3469573).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos en segunda instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en los expedientes acumulados T-3463471 y T-3469573.

### I. ANTECEDENTES.

Mediante auto del 13 de julio de 2012, la Sala de Selección número 7 decidió acumular los expedientes T-3463471 y T-3469573, luego de advertir que existía una conexidad temática entre ellos, para ser fallados dentro de una misma sentencia.

En efecto, ambos accionantes, aunque fueran nombrados en provisionalidad, se desempeñaban en cargos de carrera al interior de la Fiscalía General de la Nación, siendo desvinculados sin que los actos administrativos de retiro hubieran sido motivados. No obstante, como cada caso presenta sus especificidades a pesar de la conexidad anotada, la Corte reseña a continuación los supuestos fácticos, elementos probatorios relevantes y decisiones judiciales de instancia de cada uno.

#### 1. Expediente T-3463471.

##### 1.1. Hechos.

La señora Yasmira del Carmen Gómez Bustillo, mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela contra la Sala de Decisión 3ª del Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar que esa corporación vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia y a la igualdad, con base en los hechos que a continuación se resumen.

En razón de lo anterior, la actora indica que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la validez del acto de retiro. El proceso correspondió al Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual, mediante sentencia del 30 de julio de 2009, declaró la nulidad del acto y ordenó el reintegro de la actora sin solución de continuidad. El juzgado consideró que aunque “no se demostró la desviación de poder, pues no existe prueba de que la insubsistencia de la actora haya obedecido a motivos personales o venganza del funcionario que profiere el acto (...), sí se probó en el expediente la ausencia

de motivación del acto o anotación en la hoja de vida de las razones que fundamentaron la decisión”2.

Impugnada la decisión anterior por la Fiscalía General de la Nación, la Sala de Decisión 3ª del Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia del 29 de julio de 2011, revocó la providencia del a quo, al considerar que para la época en que se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad “aun se encontraba vigente la Ley 443 de 1998, por tanto, no era obligatorio según lo expuesto por la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso, motivar el acto por el cual se declaró la insubsistencia de la actora”3. Igualmente, adujo que era la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para determinar la legalidad de los actos administrativos y, por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no era pertinente para el caso.

En relación con el contenido de la sentencia cuestionada, la accionante Gómez Bustillo asegura que la autoridad judicial demandada desatendió “de manera abierta la línea jurisprudencial sólida, reiterada y uniforme, que desde hace más de 13 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Constitución, en relación con el deber inexcusable de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en actos de carrera”4.

Dicho lo anterior, solicita que se proteja su derecho fundamental al debido proceso, al trabajo y al acceso efectivo a la administración de justicia, y en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 29 de julio 2011, para en su lugar, darle pleno valor a la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Cartagena el 29 de julio de 2009.

## 1.2. Trámite procesal.

Mediante auto del 31 de agosto de 2011, la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación tanto a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar como a la Fiscalía General de la Nación, en su calidad de tercero interesado en el resultado del proceso, para que se pronunciaran sobre los hechos alegados.

## 1.3. Contestación de las entidades demandadas.

Tribunal Administrativo de Bolívar. Esta corporación sostuvo que su decisión se fundamentó en la posición decantada por el Consejo de Estado<sup>5</sup> según la cual, la motivación del acto de insubsistencia solo es exigible cuando el retiro se produce en vigencia de la Ley 938 de 2004<sup>6</sup>. En tanto que la resolución por la cual se declaró insubsistente a la accionante data del 20 de febrero de 2004, para esa fecha no era necesario que el nominador motivase su decisión.

Adicionalmente, el Tribunal reconoció que se apartaba del criterio de la Corte Constitucional “teniendo en cuenta que, de admitirlo, la legalidad de los actos administrativos podrían controvertirse siempre por vía de acción de tutela”<sup>7</sup>.

Fiscalía General de la Nación. La Oficina Jurídica de la Fiscalía respondió que su actuación estribaba en una hermenéutica razonable del artículo 125 Superior, defendida por el Tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, que ha venido sosteniendo “como ratio decidendi la no procedencia de estabilidad laboral alguna frente al tema de la desvinculación de las personas nombradas provisionalmente en cargos de carrera”<sup>8</sup>.

Luego de citar extensos apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>9</sup>, recordó que la Corte Constitucional “ha establecido cómo las diferentes tendencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que éste tiene y que la misma Constitución Política consagra”<sup>10</sup>, por lo cual no resulta procedente cuestionar una interpretación razonable mediante la acción de amparo.

#### 1.4. Pruebas.

Dentro de las pruebas relevantes que obran en el expediente de tutela se destacan las siguientes.

- Copia de la resolución 0-0820 del 8 de abril de 1998, en virtud de la cual se nombra a la accionante como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito (folio 51-52).
- Copia de la resolución 0-00027 del 7 de enero de 2000, por la cual se ordena su traslado a la Unidad Seccional de Patrimonio Económico de Cartagena (folio 58).
- Copia de la resolución 0-0590 del 20 de febrero de 2004 que declara la insubsistencia de la accionante (folio 59).

## 1.5. Sentencias objeto de revisión.

Primera instancia. La Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2011, resolvió rechazar el amparo invocado. En primer lugar, afirmó la improcedencia general de la acción de tutela contra providencias judiciales porque de lo contrario, “se quebrantarían pilares fundamentales del Estado Social de Derecho tales como la firmeza de la cosa juzgada de las sentencias, el principio de la seguridad jurídica y hasta se correría el riesgo de incurrir en usurpación de jurisdicción y desnaturalizar la institución de la tutela”<sup>11</sup>. Como única excepción, aceptó aquellos casos que abordan la eventual violación de derechos fundamentales relacionados con el debido proceso, el derecho de defensa o con el acceso a la administración de justicia.

Refiriéndose al caso concreto de insubsistencia, sostuvo que “la entidad no estaba obligada a motivarlo debido a que para la fecha de ser proferido se encontraba vigente la Ley 443 de 1998, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación”<sup>12</sup>.

Segunda instancia. La Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en providencia del 5 de diciembre de 2011, confirmó la sentencia de primera instancia, pero aclaró que la acción de amparo debió haberse negado por improcedente, porque el rechazo de la tutela solo procede cuando el juez ordena que se subsane la demanda y el actor no lo hace.

Sostuvo que “el Tribunal demandado no incurrió en los vicios que le endilgan, pues no desconoció el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado sobre los actos que declaran insubsistentes los nombramientos de empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación”<sup>13</sup>. En efecto, pone de presente que la Ley 938 de 2004 no era la norma aplicable en el caso de la demandante y, en consecuencia, “la sentencia C-279 de 2007 tampoco debía tenerse en cuenta para decidir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el actor”<sup>14</sup>.

## 2. Expediente T-3469573.

### 2.1. Hechos.

El señor Cosme Gregorio González Ramírez impetra acción de tutela contra el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

Aduce que la Fiscalía General de la Nación, mediante resolución 0-01503 del 30 de diciembre de 1993, lo nombró en provisionalidad en el cargo de escolta I del despacho del Vicefiscal. Afirma que la misma entidad lo posesionó en el año de 1996 como escolta II de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, y finalmente lo asignó al cargo de escolta III de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de Santa Fe de Bogotá, donde ejerció hasta que fue declarado insubsistente por medio de la resolución 0-5325 del 9 de noviembre de 2004.

Asegura que fue con motivo de la fuga de Hernando Buitrago Marta (segundo comandante del frente Teófilo Forero de las FARC) del búnker de la Fiscalía el día 1º de noviembre de 2004, que el Fiscal General determinó declarar la insubsistencia de más de trece funcionarios encargados de la custodia y manejo del guerrillero, para responder así a la presión de los medios de comunicación. No obstante, asevera que desde el 25 de octubre de 2004 se encontraba en la ciudad de Cartagena en cumplimiento de sus funciones como escolta, por lo que no le asistía ningún tipo de responsabilidad en la fuga.

Manifiesta que interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de retiro, pero sus pretensiones fueron negadas en ambas instancias. El Juez 23 Administrativo del Circuito de Bogotá, en providencia del 15 de mayo de 2009, señaló que el marco jurídico autorizaba al Fiscal General de la Nación a nombrar y remover discrecionalmente los funcionarios “mediante su apreciación subjetiva en bien del servicio público de la oportunidad y conveniencia de la medida”<sup>15</sup>. En este sentido, le correspondía al demandante la carga probatoria de demostrar que el nominador tuvo motivos o fines contrarios al buen servicio público al proferir el acto acusado.

La Sección Segunda – Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó el fallo de instancia mediante providencia del 26 de agosto de 2010. Reiteró que el Consejo de Estado ha señalado que la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad no requiere motivación como quiera que se trata del ejercicio de una facultad discrecional. Sobre la supuesta desviación de poder, sentenció que el “motivo intrínseco del acto de prevalencia del interés general y por razones del buen servicio, no fue desvirtuado por medio

alguno”16.

## 2.2. Trámite procesal.

Mediante auto del 17 de mayo de 2011, el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a la Fiscalía General de la Nación, a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Juzgado 23 Administrativo de Bogotá. Igualmente, ofició a estos dos últimos para que allegaran copia del expediente correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tramitada con radicación 2005-02379.

## 2.3. Contestación de las entidades demandadas.

Juzgado 23 Administrativo de Bogotá. A juicio del despacho “se está planteando una nueva demanda con nuevos argumentos no expuestos ante la jurisdicción contenciosa dentro de los términos de caducidad de la acción”17, en tanto que inicialmente lo que se cuestionó fue la motivación con fines contrarios al buen servicio y no la ausencia de la misma. Censuró también el incumplimiento del requisito de inmediatez porque transcurrieron más de nueve meses desde que se profirió el fallo administrativo de segunda instancia hasta la interposición de la acción de tutela.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección C. La Corporación se limitó a señalar que compartía plenamente la tesis sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, e invocó “como medio de prueba la referida providencia que ya obra en el expediente, en la que consta la decisión en derecho y a la cual [s]e remit[e] para indicar que no existe vulneración de los derechos invocados”18.

Fiscalía General de la Nación. La Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación presentó los mismos argumentos expuestos en el anterior expediente. En este sentido, alegó que las diferentes interpretaciones que pueden surgir entre los operadores judiciales no pueden dar lugar a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, salvo que se trate de valoraciones irrazonables.

## 2.4. Pruebas.

En el cuaderno 1º de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, adjunto al

expediente de tutela, se destacan las siguientes pruebas relevantes:

- Copia de la resolución 0-1503 del 30 de diciembre de 1993, mediante la cual el Fiscal General de la Nación resuelve nombrar en provisionalidad al señor Cosme Gregorio González Ramírez en el cargo de escolta I del Despacho del Vicefiscal (folio 3).
- Copia de la resolución 0-0237 del 02 de febrero de 1996, por la cual se le nombra como escolta II de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación (folio 7).
- Copia de la resolución 0-0101 del 27 de enero de 1999, que lo asigna al cargo de escolta III de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de Santa Fe de Bogotá (folio 10).
- Copia de la resolución 0-5325 del 09 de noviembre de 2004, por medio de la cual se le declara insubsistente (folio 14).
- Copia de la misión de trabajo 08-00540 que ordena a González Ramírez desplazarse a la ciudad de Cartagena los días 25 al 31 de octubre de 2004, con el fin de reforzar la seguridad en el Congreso Iberoamericano de Fiscales (folio 24-25).
- Copia del Oficio FGN/OVQR 6831 del 03 de diciembre de 2004 por medio del cual el jefe de Control Disciplinario Interno reporta que no aparece registro alguno relacionado con investigaciones disciplinarias en contra de Gregorio González (folio 31).

## 2.5. Sentencias objeto de revisión.

Primera instancia. El 23 de junio de 2011, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado negó el amparo solicitado. Afirmó que acogía como una herramienta jurídica útil<sup>19</sup> la jurisprudencia constitucional (C-590 de 2005) sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, pero descartó que en el presente caso se hubiera configurado algún defecto o irregularidad. Señaló que para el momento en que se profirió la resolución de insubsistencia no había sido proferido el nuevo Estatuto Orgánico de la Fiscalía (Ley 938 de 2004), ni se había incluido por vía de la sentencia C-279 de 2007 la exigencia de motivar los actos que retiran del servicio a los funcionarios en provisionalidad.

En el mismo sentido, a juicio de esa Corporación, la sentencia SU-917 de 2010 no podía considerarse como “precedente jurisprudencial obligatorio, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución que consagra la autonomía judicial como principio rector de la justicia en Colombia y a la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional que destaca la libertad del juez para apartarse de los precedentes, mientras lo haga con la debida fundamentación”<sup>20</sup>.

Segunda Instancia. La Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó el fallo impugnado. Esgrimió que el presente caso no se refiere a providencias absolutamente caprichosas, arbitrarias, carentes de justificación o motivación jurídica, sino de “discrepancias razonables de interpretación de las normas jurídicas [que] no suponen violación de derechos fundamentales”<sup>21</sup>. Finalmente, aseveró que la sentencia SU-917 de 2010 no era aplicable al caso concreto porque se profirió después de haber sido fallada la sentencia atacada.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Política, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### 2. Presentación de los casos y planteamiento del problema jurídico.

De los antecedentes reseñados, sin perjuicio de las especificidades que serán valoradas al examinar cada caso en particular, la Sala de Revisión observa que ambos accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación y fueron desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados de forma alguna.

Algunos jueces de instancia dentro del trámite de las tutelas rechazaron de entrada la solicitud por considerar que en virtud de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía e independencia judicial, la acción de amparo no procede contra sentencias judiciales; otros, aunque aceptaron la procedencia de la tutela, negaron la protección invocada porque al momento de proferirse el acto administrativo de retiro no había entrado

en vigencia el nuevo estatuto orgánico de la Fiscalía General (Ley 938 de 2004) y, en consecuencia, tampoco se había proferido la sentencia C-279 de 2007 que ordenó, de forma expresa, motivar toda resolución de insubsistencia para los empleados nombrados en provisionalidad.

También esgrimieron que la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional no puede considerarse un precedente obligatorio por cuanto, atendiendo la autonomía judicial, las discrepancias de juicio deben aceptarse siempre y cuando sean razonables. Agregaron que en este tema la jurisprudencia adoptada por el Consejo de Estado no resulta absolutamente carente de motivación jurídica sino producto de un ejercicio serio de valoración jurídica.

Con fundamento en lo anterior, procede esta Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y el respeto por el precedente constitucional por parte de los Tribunales Administrativos de Bolívar y Cundinamarca, cuando validaron que la Fiscalía General de la Nación pudiera declarar la insubsistencia, sin motivación alguna, respecto a empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera?

Luego de resolver lo anterior, habrá que responder específicamente si ¿resulta constitucionalmente válido afirmar que el deber de motivación de los actos de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera es exigible únicamente a partir de la entrada en vigencia de la Ley 938 de 2004?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte reiterará brevemente<sup>23</sup> el análisis de los siguientes temas: (i) el deber inexcusable de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y frente a la problemática descrita en particular; finalmente, (iii) se analizará la situación concreta de cada uno de los casos objeto de revisión.

3. El deber inexcusable que tiene la administración de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un trabajador nombrado en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración.

Desde una perspectiva constitucional y a través de una interpretación sistemática de la

Carta, esta Corte ha venido explicando que el deber de motivación de todo acto administrativo guarda relación directa con importantes preceptos constitucionales como<sup>24</sup>: (i) la cláusula del Estado de Derecho (CP art. 1), que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribida la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; (ii) el debido proceso, en tanto la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa (CP art. 29); (iii) el principio democrático (CP arts. 1, 123 y 209), en la medida en que constituye el instrumento de rendición de cuentas de las autoridades respecto a las actuaciones desplegadas; y (iv) hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa (CP, art. 209), lo que también evita la arbitrariedad y el despotismo de los poderes constituidos.

Desde el punto de vista del empleado público, la motivación del acto que declara su insubsistencia representa una garantía mínima<sup>25</sup> de su derecho fundamental al debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada<sup>26</sup>) y del control posterior sobre una eventual arbitrariedad de la administración. Lo contrario implicaría situar al trabajador en una situación de “indefensión constitucional”<sup>27</sup>, en la que tendría que soportar “una carga excesiva y desproporcionada para enervar la validez del acto y ejercer su derecho de contradicción y defensa en condiciones de igualdad de armas”<sup>28</sup> con respecto a su nominador.

En esta misma dirección, la jurisprudencia constitucional ha explicado que si bien no es posible afirmar que el empleado en provisionalidad que ejerce un cargo de carrera tenga una estabilidad laboral equiparable a alguien nombrado en propiedad, sí le asiste el derecho a saber cuáles fueron las razones por las cuales la entidad decidió prescindir de él<sup>29</sup>. En efecto, si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, tiene una expectativa legítima de continuar en el cargo siempre y cuando se desempeñe responsable y eficientemente, y en tanto no se provea la vacante mediante concurso oficial. Por ello, esta Corporación aseveró recientemente que “la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso”<sup>30</sup>.

En razón a este vínculo con principios “caros”<sup>31</sup> al Estado social y democrático de derecho, y

con el objetivo de salvaguardar al ciudadano del capricho de los poderes constituidos, esta Corporación ha venido reafirmando, a lo largo de la vigencia de la Constitución Política de 1991, el deber inexcusable de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un trabajador nombrado en provisionalidad<sup>32</sup>.

Se colige de lo anterior que el alcance de este mandato constitucional no es reducible a una actuación administrativa particular, ni mucho menos a un régimen laboral específico, tampoco depende de un determinado marco jurídico infraconstitucional sino que responde a una interpretación sistemática de la Carta Política que permea todas las esferas de acción de la administración. En efecto, la motivación de los actos propios es la línea divisoria clave entre lo discrecional y lo arbitrario en el ejercicio del poder<sup>33</sup>.

Dicho esto, procede esta Sala de Revisión a resumir los requisitos jurisprudenciales para que proceda el amparo contra providencias judiciales en esta materia.

4. Tutela contra providencias judiciales que desconocen el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración.

Desde los primeros pronunciamientos de esta Corporación<sup>34</sup>, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política de 1991, se ha venido señalando que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales<sup>35</sup>. Esta postura descansa sobre un sólido fundamento normativo, los artículos 2 y 86 de la Carta que reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, situación que incluye la trasgresión derivada de pronunciamientos judiciales.

La supremacía de la Constitución se manifiesta en la “omnipresencia”<sup>36</sup> del texto Superior en todas las áreas jurídicas y en la responsabilidad de los procesos ordinarios como primer escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales. No obstante, de forma excepcional, el juez constitucional podrá intervenir cuando advierta la trasgresión del mandato constitucional en el curso de un proceso judicial.

En sede de control abstracto de constitucionalidad, la Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia C-543 de 1992, si bien declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del

Decreto Ley 2591 de 1991, previó también la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales al afirmar lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...) En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (subrayado fuera del original).

En la misma dirección, el Consejo de Estado al examinar el Decreto reglamentario 1382 de 2000, reafirmó la procedencia de la tutela contra acciones u omisiones de cualquier autoridad pública “incluidas las de la rama judicial, y aún sus órganos supremos”<sup>37</sup>, aunque resaltó la necesidad de que funcionalmente sean esas propias instancias las encargadas de conocer tales demandas.

En un comienzo, la jurisprudencia constitucional enfatizó que el punto en torno al cual giraba la viabilidad del examen de las decisiones judiciales mediante la acción de amparo constitucional era el concepto de la vía de hecho, definida como la actuación judicial absolutamente caprichosa o carente de cualquier fundamento jurídico. No obstante, la jurisprudencia ha rediseñado tal noción para dar paso a los criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales e incluir aquellas situaciones en las que “si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”<sup>38</sup>. Esta nueva aproximación fue sistematizada por la sentencia C-590 de 2005, mediante la cual la Corte explicó que el juez constitucional debe comenzar por verificar las condiciones generales de procedencia, entendidas como “aquellas

cuya ocurrencia habilita al juez de tutela para adentrarse en el contenido de la providencia judicial que se impugna”<sup>39</sup>. Tales requisitos genéricos son:

“(i) si la problemática tiene relevancia constitucional; (ii) si han sido agotados todos los recursos o medios –ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos, a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable o que los recursos sean ineficaces en las circunstancias particulares del peticionario; (iii) si se cumple el requisito de la inmediatez (es decir, si se solicita el amparo pasado un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación); (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hubieran tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales; (v) si el actor identifica debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y si –de haber sido posible- lo mencionó oportunamente en las instancias del proceso ordinario o contencioso; (vi) si la providencia impugnada no es una sentencia de tutela”<sup>40</sup>.

Luego de constatar el cumplimiento de los requisitos generales, el juez de tutela se encuentra habilitado para entrar a conceder el amparo solicitado si halla probada la ocurrencia de al menos una de las causales específicas de procedibilidad, que la Corte ha organizado de la siguiente forma<sup>41</sup>:

- 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 inconstitucionales 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 vulnerado.

hi. Violación directa de la Constitución.

En casos similares al que ahora se estudia, la Corte ha aplicado la causal específica de desconocimiento del precedente, sobre la cual es suficiente explicar lo siguiente:

“para decidir sobre la procedencia de la acción de tutela por la causal estudiada es preciso: (i) determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes; (ii) comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad; (iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro homine”<sup>42</sup>.

Una vez presentado el marco jurídico general que regula la acción de tutela contra providencias judiciales, procede esta Sala de Revisión a examinar las particularidades de los casos acumulados.

5. Análisis específico de los casos objeto de estudio.

En este apartado se analizará si en cada uno de los casos objeto de revisión se han cumplido

o no los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. De resultar cierto lo anterior, se examinará el cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia de acuerdo con la jurisprudencia trazada por la Corte en relación con el deber inexcusable de motivación de los actos de retiro de servidores públicos en provisionalidad.

#### 5.1. Requisitos generales de procedibilidad.

Ambos expedientes tienen una marcada relevancia constitucional por cuanto: (i) se refieren a una presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia; (ii) dicha violación involucra la vigencia de otros principios superiores como la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el de publicidad; y (iii) los fallos de instancia también reflejan una complicada situación de desconocimiento reiterado del precedente constitucional en la fijación del alcance de los derechos fundamentales.

##### (ii) Agotamiento de los recursos de defensa.

En los dos expedientes acumulados es claro que los accionantes agotaron los medios de defensa judicial que tenían a su alcance para la protección de sus derechos. En efecto, interpusieron, dentro del término legal, acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo inmotivado de insubsistencia. Igualmente, los demandantes participaron en la segunda instancia de dichos procesos ya sea como apelante (T-3469573) o como parte beneficiada del fallo de primera instancia (T-3463471).

##### (iii) Inmediatez.

Los actores cumplieron con el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que entre la fecha de la sentencia que se cuestiona y la fecha en que interpusieron la acción de tutela transcurrió un término que para la Corte resulta razonable. En lo que respecta a Yasmira del Carmen Gómez (T-3463471) la acción de tutela fue radicada antes del mes siguiente a la fecha de expedición de la sentencia atacada.

En el caso de Cosme Gregorio González (T-3469573), si bien el tiempo transcurrido fue mayor por cuanto pasaron casi nueve meses desde la fecha de la sentencia de segunda instancia calendada el 26 de agosto de 2010, hasta la interposición de la tutela el 12 de

mayo de 2011, la demora encuentra justificación en tanto que el proceso fue remitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al Juzgado 23 Administrativo de Bogotá el 08 de octubre de 2010, fecha a partir de la cual estuvo disponible para las partes. Además, el accionante adujo que su abogado solo le informó de la pérdida del proceso a finales de diciembre, por lo que tuvo que acudir ante la Defensoría del Pueblo en busca de una debida asesoría legal. Lo anterior evidencia la diligencia del interesado en la defensa de sus derechos fundamentales y el transcurso de un plazo razonable.

(iv) Trascendencia.

Este requisito no es aplicable al presente caso, en razón a que los asuntos sometidos al análisis de la Corte no se refieren a irregularidades procesales, sino a la falta de motivación de los actos administrativos de insubsistencia y el desconocimiento del precedente.

(v) Los accionantes han identificado de forma razonable los hechos que generan la violación.

En ambos expedientes los actores identificaron de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos fundamentales trasgredidos. Además, argumentaron con claridad que los jueces administrativos habían decidido en contravía con la posición jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional.

(vi) No se trata de sentencia de tutela.

Las providencias que ahora se cuestionan en sede de tutela fueron proferidas por los Juzgados Administrativos y los Tribunales Contencioso Administrativo, en el curso de los procesos iniciados por los actores para obtener la nulidad de los actos de insubsistencia.

5.2. Causal específica de procedencia de la acción de tutela: desconocimiento del precedente constitucional.

Con fundamento en la abundante jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta Sala de Revisión encuentra que las sentencias proferidas por los Juzgados y Tribunales Administrativos, en las que se negó la nulidad de los actos no motivados de desvinculación, incurrieron en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: el desconocimiento del precedente constitucional.

5.2.1. En efecto, se apartaron de manera abierta de la ratio decidendi, producto de la jurisprudencia sólida, reiterada y uniforme que desde hace más de una década ha trazado la Corte Constitucional<sup>43</sup> en este tema, como intérprete máximo de la Carta Política y en defensa de disposiciones superiores como la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso, el principio democrático y el de publicidad. La exigencia de motivación de los actos de retiro de servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, es la garantía mínima que tienen los empleados públicos de no ver truncada, por el mero capricho del nominador, su expectativa legítima de continuar desempeñándose en el cargo.

Examinando los expedientes acumulados, esta Sala advierte que pese a que los jueces administrativos y de tutela debieron tomar en cuenta el consistente precedente constitucional sobre la materia, se apartaron el mismo sin haber presentado razones suficientes para hacerlo. Tampoco se evidencia que la interpretación alterna propuesta sobre la no obligatoriedad de motivar los actos de insubsistencia de empleados en provisionalidad, resulte más armónica en relación con los principios constitucionales y sea más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales como ordena el principio pro homine.

5.2.2. En relación con lo expuesto por el Juzgado 23 Administrativo de Bogotá en el sentido que la tutela debía ser negada porque lo que el accionante inicialmente cuestionó mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue la desviación de poder en el acto de retiro y no la ausencia de motivación, esta Sala considera que no le asiste razón al operador judicial por dos razones. En primer lugar, consta en el escrito de la demanda administrativa interpuesta por el accionante que éste sí se refirió, así fuera indirectamente, a la falta de motivación cuando argumentó que la violación al debido proceso se produjo, entre otras razones, por la actuación caprichosa del nominador, desplegada “en contra de los principios de publicidad y transparencia”<sup>44</sup>. De este modo, la ausencia de justificación en el acto de insubsistencia ha sido, en el fondo, el objeto central de controversia que finalmente se reclama en sede de tutela también.

Más importante aún es que el cúmulo de irregularidades alegados por el trabajador respecto a su retiro, son la evidencia práctica de cómo un acto inmotivado impone “al administrado una carga excesiva y desproporcionada para enervar la validez del acto y ejercer su derecho de contradicción y defensa en condiciones de igualdad de armas”<sup>45</sup>. En efecto, ante la ausencia de motivación en su retiro, el accionante se vio obligado a suponer y debatir dentro

de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las razones más probables por las cuales consideraba que el nominador pudo haber declarado su insubsistencia. No debe, entonces, reprocharse en el marco de la acción de tutela la diligencia que mostró el afectado al intentar controvertir judicialmente el acto de retiro con las herramientas jurídicas que tenía a su alcance.

5.2.3. Por otro lado, tanto los Tribunales Administrativos, en sede contencioso administrativa, como las secciones del Consejo de Estado, como jueces de tutela, esgrimen para negar la protección solicitada que el requisito de motivación no era exigible en ese momento, por cuanto los actos de retiro se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998 y no en el marco del nuevo estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Ley 938 de 2004), el cual a partir de la publicación de la sentencia C-279 de 2007, sí exige la carga de motivación para declarar la insubsistencia.

Al respecto, vale la pena hacer hincapié en que el deber inexcusable de motivación de los actos administrativos, específicamente de aquellos que ordenan el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, no obedece a una norma infraconstitucional, ni se desprende de una sentencia en particular, ni se restringe a un régimen laboral específico<sup>46</sup>. Por el contrario, dicho requerimiento “surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición misma del Estado como un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones”<sup>47</sup>.

Dicho de otro modo, la motivación de los actos de insubsistencia en tanto materialización de principios superiores como el gobierno democrático y los principios de publicidad y del debido proceso, convierte esta exigencia en un auténtico mandato vinculante que se deriva directamente del texto constitucional y no depende de normas legales o reglamentarias posteriores que lo desarrollen para que sea vinculante. Aceptar la posición de los jueces de instancia conllevaría, además, a la trasgresión del derecho fundamental a la igualdad, al introducir un criterio injustificado de diferenciación de trato entre los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera dentro de la Fiscalía General, con fundamento exclusivo en la entrada en vigencia de la Ley 938 de 2004, pese a que, como ha explicado insistentemente esta Corporación, el deber de motivación de los actos de retiro emana de la Constitución misma y no del estatuto orgánico de la Fiscalía<sup>48</sup>.

5.2.4. Sostienen igualmente como argumento para negar el amparo invocado que, en razón de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la República (CP art. 230), estos bien pueden optar por acoger la postura del Tribunal de cierre de lo contencioso administrativo sobre la materia en discusión. En relación a este aspecto neurálgico de la doctrina del precedente judicial en el ordenamiento jurídico colombiano, esta Sala de Revisión comienza por anotar que es la Corte Constitucional la que ha sido asignada como el intérprete autorizado (CP art. 241) de la Carta de 1991, razón por la cual:

“se puede concluir que cuando un juez desconoce en un proceso ordinario los parámetros de interpretación de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional en sede de revisión procede la tutela contra la providencia que desconoció el precedente de la Corte. Lo anterior, pues al hacerlo (i) se desconoce indirectamente la Constitución y (ii) se deja de un lado el pronunciamiento del intérprete autorizado de la Carta (Corte Constitucional) quien a su vez, por la supremacía constitucional, es órgano de cierre del sistema judicial colombiano”<sup>49</sup>.

Sin embargo, el posicionamiento de la Corte Constitucional como intérprete máximo de la Carta Política no debe tomarse como un simple argumento de autoridad. De lo que se trata, en el fondo, es entender que la función que lleva a cabo esta Corporación implica un ejercicio interpretativo directo de las cláusulas de los derechos fundamentales, a diferencia de otras Altas Cortes cuya labor inmediata gira en torno a la aplicación del marco legal vigente. Esta particularidad funcional es la que realmente legitima a la Corte Constitucional como órgano de cierre en los temas constitucionales y así lo explicó recientemente la Sala Plena:

Por esta razón, y atendiendo la especialísima función del juez constitucional, esta Corporación ha venido exhortando a todos los operadores judiciales para que en asuntos como el presente se atengan “a lo que establezca el precedente constitucional y no el precedente fijado por el superior jerárquico por ser la Corte Constitucional el órgano de cierre en esa materia”<sup>51</sup>.

5.3. Decisión que se tomará para restablecer los derechos fundamentales.

Esta Sala de Revisión observa que tanto en el caso de Yasmira del Carmen Gómez Bustillo (T-3463471) como en el de Cosme Gregorio González Ramírez (T-3469573), las sentencias de segunda instancia proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

desconocieron el precedente constitucional sobre el deber inexcusable de motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, razón por la cual se dejarán sin efecto tales fallos y, en su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo de Bolívar y Cundinamarca, respectivamente, que dicten una nueva sentencia ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el asunto.

Adicionalmente, debe recordarse que esta Corporación ha establecido una serie de reglas en los casos en los cuales no procede el reintegro, ya sea porque el cargo fue provisto por el sistema de carrera o porque el mismo fue suprimido. En estas circunstancias, la Corte ha precisado que lo que cabe “es ordenar únicamente el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación sin motivación del funcionario, hasta el momento en el que el cargo fue provisto o suprimido”<sup>52</sup>.

La Corte Constitucional ha acogido igualmente una línea jurisprudencial decantada por el Consejo de Estado<sup>53</sup>, “según la cual cuando en la parte resolutive de las sentencias se ordena el descuento de lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante el intervalo de tiempo que estuvo desvinculado, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario no sólo se estaría generando un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior”<sup>54</sup>.

Por último, se conminará al Tribunal Administrativo de Bolívar<sup>55</sup> y especialmente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>56</sup>, en razón a que no es la primera vez que son demandados en sede de tutela, para que no desatiendan el precedente constitucional, constante y pacífico, sobre la materia.

## VI. DECISIÓN

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

### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, el 05 de diciembre de 2011,

dentro de la acción de tutela instaurada por Yasmira del Carmen Gómez Bustillo en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar Sala de Decisión número 3 y la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se negó el amparo y, por el contrario, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia y el respeto por el precedente constitucional.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión número 3, el 29 de julio de 2011, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, ORDENAR al Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 3ª, que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, vuelva a fallar sobre el expediente de referencia número 13001-33-31-012-2009-00086-01, en donde la demandante es Yasmira del Carmen Gómez Bustillo y la demandada la Fiscalía General de la Nación, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección C, el 26 de agosto de 2010, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección C, que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, vuelva a fallar sobre el expediente de referencia número 2005-02379-02, en donde el demandante es Cosme Gregorio Hernández y la demandada la Fiscalía General de la Nación, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

TERCERO.- SE CONMINA a los operadores judiciales demandados a observar el precedente constitucional sobre el deber inexcusable de motivación de los actos administrativos de retiro de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-726/12

Referencia: expedientes T-3463471 y T-3469573 acumulados.

Acciones de tutela presentadas por Yasmira del Carmen Gómez Bustillo contra el Tribunal Administrativo de Bolívar y la Fiscalía General de la Nación; y Cosme Gregorio González Ramírez contra el Juzgado 23 Administrativo de Bogotá y la Fiscalía General de la Nación, respectivamente.

Magistrado sustanciador: Jorge Iván Palacio Palacio.

Fecha ut supra

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el

Magistrado sustanciador, estimo necesario consignar por escrito dos razones que me conducen a aclarar el sentido de mi voto en el presente asunto.

1. En primer lugar, de manera muy sucinta he de precisar que si bien participo de las resoluciones adoptadas, por cuanto comparto la percepción de que existían razones suficientes y trascendentales que justificaron invalidar las providencias emitidas en los procesos de la referencia, al encontrarse evidente el desconocimiento del precedente jurisprudencial respecto de la necesaria motivación de los actos administrativos que desvinculan personas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, debo aclarar mi voto, pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones<sup>57</sup>, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (consideración 4ª, páginas 11 a 18) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos

fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento<sup>58</sup>, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

2. La segunda razón que expongo es que, a pesar de compartir la decisión de la Sala de Revisión y las razones que justifican la consagración del precedente jurisprudencial referido, advierto que en flagrante contraposición a lo orientado por el artículo 125 superior, persisten los nombramientos en provisionalidad para ocupar cargos de carrera, que deben estar provistos por concurso de méritos, práctica en la que se sigue incurriendo con descaro, especialmente por la elusión de los concursos, aún dos décadas después de la expedición de la carta de 1991 y que conlleva su desacato, razón que impone que tal provisionalidad deba ser cada vez más desestimulada, para no seguir contribuyendo a ese fraude a la Constitución.

Con mi acostumbrado respeto,

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Cuaderno de tutela, folio 1.

2 Folio 91.

3 Folio 114.

4 Folio 6.

5 Consejo de Estado, providencia del 23 de septiembre de 2010, radicado 0883-08.

6 Publicada en el Diario Oficial 45.778 de 31 de diciembre de 2004, fecha en la cual entró en vigencia.

8 Folio 133.

9 Consejo de Estado, Sección 2ª B, 21 de junio de 2007 y Consejo de Estado, Sección 2ª A, 12 de marzo de 2009.

10 Folio 132.

11 Folio 158.

12 Folio 161.

13 Folio 184.

14 Folio 185.

15 Cuaderno de tutela, folio 81.

16 Folio 118.

17 Folio 152.

18 Folio 147.

19 La Sección Segunda expuso las siguientes razones para seguir el precedente decantado por la Corte Constitucional: (i) “comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de cualquier autoridad pública (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre”; (ii) “muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico”; (iii) finalmente, “estima la sala que la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema” folio 184.

20 Folio 186.

21 Folio 263.

22 Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

23 Siguiendo lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha venido señalado que las decisiones que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-959 de 2004, T-689 de 2006, T-1032 de 2007, T-366 de 2008, T-108 de 2009 y T-206 de 2012.

24 Sentencia SU-917 de 2010 y más recientemente T-289 de 2011.

25 Sentencia T-723 de 2011.

26 Juan Carlos Cassagne, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p.205. Citado en la Sentencia SU-917 de

2010.

27 Sentencia T-760A de 2011.

28 Sentencia SU-917 de 2010.

29 Sentencia T-206 de 2012.

30 Sentencia T-760A de 2011.

31 Sentencia T-251 de 2009: “El que se pueda demandar el acto de desvinculación no impide exigir la motivación del acto, por cuanto lo que está en juego en estos casos, son principios caros al Estado de Derecho, con una alta repercusión e incidencia directa en los derechos fundamentales de los administrados”.

32 En la sentencia T-800 de 1998, ante el despido inmotivado de una auxiliar de enfermería en provisionalidad, la Corte sostuvo que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.

33 Sentencia SU-917 de 2010.

34 Sentencia T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

35 Recientemente la Sala Plena reiteró esta línea jurisprudencial en la sentencia SU-195 de 2012.

36 Sentencia SU-917 de 2010.

37 Sección Primera del Consejo de Estado, Sentencia del 18 de julio de 2002, Exp. 6414.

38 Sentencia C-590 de 2005.

39 Sentencia T-060 de 2012.

40 Ver entre otras las sentencias T-282 de 2009 y T-015 de 2012.

41 Sentencia C-590 de 2005.

42 Sentencias T- 1112 de 2008 y T-206 de 2012.

43 Según el conteo presentado por la sentencia SU-917 de 2010, se trata de casi un centenar de sentencias en la misma dirección. Más recientemente se destacan las siguientes providencias, en el año 2011: T-289, T-330, T-456A, T-641, T-656, SU-691, T-723 y T-760A. En lo corrido del año 2012 se ha publicado la sentencia T-206 de 2012.

44 Expediente T-3469573, cuaderno 1 de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, folio 48.

45 Sentencia SU-917 de 2010.

46 “la obligación de motivar los actos de desvinculación o retiro de los servidores públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, es exigible a los nominadores tanto del régimen general, como a los del régimen especial de carrera administrativa, dentro de los que se encuentran la Fiscalía General de la Nación”. Sentencia T-760A de 2011.

48 Debe recordarse que desde el año de 1998 la Sala Plena de la Corte ya se había pronunciado sobre el deber de motivación de los actos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Aquella vez frente a la situación de los Notarios en interinidad dijo: “El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. 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.” Sentencia SU-250 de 1998.

49 Sentencia T-254 de 2006. Ver también SU-917 de 2010.

50 Sentencia SU-691 de 2011.

51 Sentencia T-456A de 2011.

52 Sentencia T-456A de 2011.

53 En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2002, cuando afirmó que “la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tiene origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraría la Constitución”.

54 Sentencia SU-691 de 2011.

55 Esta corporación también fue demandada recientemente en la sentencia T-206 de 2012.

56 Las diferentes subsecciones de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca han venido desconociendo el precedente constitucional como consta en las sentencias T-289, T-641, T-656 y SU-691 de 2011.

57 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; T-464, T-703 y T-786 y T-867 de 2011; y recientemente T-010 de 2012.

58 C-590 de 2005.