

T-767-15

Sentencia T-767/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

ERROR INDUCIDO O POR CONSECUENCIA COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

FUNCION PUBLICA-Ejercicio

CARRERA ADMINISTRATIVA PARA PROVEER EMPLEOS PUBLICOS-Regla general

EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Discrecionalidad del nominador para la vinculación, permanencia y retiro

EMPLEOS DE PERIODO FIJO-Características

EMPLEOS TEMPORALES-Regulación

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

La necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal con una argumentación ligera en el texto de la providencia. Por el contrario, la Corte ha apelado al concepto de “razón suficiente” para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y

precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en una simple exigencia inane y formal.

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

Existió un abandono tanto del precedente constitucional como del administrativo, en punto a la imperiosidad de motivar el acto de despido de una funcionaria de la Aeronáutica Civil, que se vinculó en provisionalidad en un cargo de carrera y su desvinculación ha debido ser coherente con la naturaleza del mismo, o como lo sostuvo la sentencia en cita, el retiro ha debido seguir los parámetros dictados por la naturaleza del cargo, es decir, previa motivación.

Referencia: Expediente T-4260336

Demandante: Juana María Castro Borrero

Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “E” en Descongestión.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., diciembre dieciséis (16) de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y, en segunda instancia, por la Sección Quinta de la misma

Corporación, en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por Juana María Castro Borrero contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda Subsección “E” en Descongestión.

I.ANTECEDENTES

1. Solicitud de la tutela

La señora Juana María Castro Borrero, instauró acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, que consideró vulnerados por la Sección Segunda, Subsección “E”, en Descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que con sentencia del 27 de noviembre de 2012 revocó el fallo que profirió el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, el 7 de enero de 2010, en el cual se había accedido a las pretensiones de la demanda que, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó contra la Aeronáutica Civil.

2. Hechos y razones de la demanda

Mediante Resolución N° 2280 del 10 de junio de 2003, la señora Juana María Castro Borrero fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Especialista Aeronáutico III, grado 39, empleo de carrera de la Aeronáutica Civil, en adelante Aerocivil.

-Mediante el Decreto N° 261 de 2004 el Gobierno Nacional creó la nueva planta de la Aerocivil y, como consecuencia de ello, el Director de la entidad expidió la Resolución N.° 847 de 10 de marzo de 2004 “Por la cual se hacen unos nombramientos provisionales y se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – Aerocivil”-.

Afirma la accionante que en esa nueva planta de la empresa, fue nombrada, en provisionalidad, en un cargo con idénticas funciones al de Especialista Aeronáutico III, grado 39.

-Cuenta que el 23 de noviembre de 2005, mediante la Resolución N.° 5178 de 22 del mismo mes y año, por “un acto administrativo carente de motivación- fue declarada insubsistente”. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Aerocivil, aduciendo que su cargo no era de libre nombramiento y

remoción y por ello el despido debió motivarse.

-Señaló que el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, en sentencia del 7 de enero de 2011, declaró la nulidad de la Resolución N.º 5178 de 2005 y le ordenó a la Aerocivil reintegrarla sin solución de continuidad. También dispuso el pago de salarios y demás emolumentos que dejó de percibir. Los fundamentos de la sentencia del Juzgado se concentraron en lo siguiente: “de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 248 de 1994 el cargo de Especialista Aeronáutico III grado 39, aunque hace parte del Despacho del Director General de la Aerocivil no es un cargo de libre nombramiento y remoción pues sus funciones no están destinadas a la dirección, asesoría o apoyo a la Dirección General de la Entidad demandada. Luego, la declaratoria de insubsistencia ha debido estar precedida de la correspondiente motivación, predicable de los cargos ejercidos en provisionalidad.

-La sentencia fue apelada por la Aerocivil y la Sección Segunda Subsección “E” de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 27 de noviembre de 2012, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

-Sostiene la demandante, que en el trámite de la segunda instancia se cometieron grandes equivocaciones y por ello solicitó declarar la nulidad de la sentencia. Precisó que en tanto el Tribunal demoró demasiado en resolver la nulidad, optó por presentar la tutela para la protección de sus derechos fundamentales, tras considerar que la dilación en resolver el recurso de nulidad interpuesto, agravaba la vulneración de sus derechos y toda la demora militaba en su contra.

-Expresó que se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y mínimo vital porque el Tribunal, “con argumentos desafortunados, ilegales e inconstitucionales”, estimó que el cargo que ocupaba en la Aerocivil era de libre nombramiento y remoción, “cuando realmente era de carrera administrativa. El anterior argumento condujo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a aceptar que en razón de la naturaleza de su cargo, el retiro de la entidad se ajustó a derecho y no hizo falta la motivación del acto administrativo respectivo”.

-Afirma la accionante, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una manifiesta vía de hecho por defecto fáctico, puesto que no apreció adecuadamente el

material probatorio obrante en el expediente y “con ello, realizó una valoración irracional, arbitraria y caprichosa de las pruebas, faltándole objetividad, racionalidad y rigurosidad, dando por establecidas sin soporte probatorio unas circunstancias que incidieron directamente en la decisión de segunda instancia, tal es el caso de una supuesta derogatoria del Decreto 248 del 28 de enero de 1994 el que para la época de los hechos de mi desvinculación y aún a la fecha se encuentra vigente y sólo ha sido objeto de modificaciones parciales, que en nada tienen que ver con el cambio de la naturaleza del cargo de Especialista Aeronáutico III Grado 39”.

-Reiteró que el fallador ad-quem al expedir la sentencia con manifiesta vía de hecho “dio por probado que el cargo del cual fue desvinculada la suscrita era un cargo de Libre Nombramiento y Remoción y le aplicó las normas propias de éste cuando, en realidad de verdad, el cargo del cual fui desvinculada era un cargo de “Carrera Administrativa”. De haber dado por probado, como rectamente lo está en el plenario, que el cargo del cual fui desvinculada era de carrera administrativa, sin duda alguna hubiera proferido sentencia de segunda instancia mediante la cual hubiera confirmado la decisión del A-quo.”

-Señala que el Tribunal de Cundinamarca fue inducido a error por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a lo largo de todo el proceso, en lo relativo a la naturaleza del cargo. Las razones que sustentan tal aserto en la demanda son las siguientes: la Aerocivil comunicó al Tribunal que el Decreto 248 del 28 de enero de 1994, para la época de los hechos de su desvinculación había sido derogado, situación que la actora relata como completamente alejada de la realidad, toda vez que, al momento de su desvinculación y aún a la fecha de la presentación de la tutela, la citada disposición se encontraba vigente y solo había sido objeto de modificaciones parciales, que nada tienen que ver con el cambio de la naturaleza del cargo de Especialista Aeronáutico III Grado 39. Afirmó, en consecuencia, que “pese a la abundante documental que obraba en el plenario y de lo confesado por la Aerocivil, [esta] aseveró falsamente que el cargo del cual fue desvinculada siempre había sido un cargo de libre nombramiento y remoción, entre otras, por cuanto el Decreto 248 se encontraba derogado, tal afirmación es falsa y demuestra el error en que fue inducido el aquí accionado.”

-Indicó igualmente que la providencia objeto de censura, incurrió en la causal de procedibilidad, relativa al respeto del precedente constitucional, en la medida en que ignoró

que en muchas ocasiones ya la Corte Constitucional había definido el tema, estimando que es perentoria la motivación de los actos administrativos que desvinculan funcionarios que ejerciendo cargos de carrera se encuentra en provisionalidad.

-Concluye que dentro del proceso ordinario que produjo la sentencia atacada se incurrió en varios defectos sustantivos y fácticos por lo siguiente: a) la Ley señaló el empleo del cual fue desvinculada como “de carrera administrativa” y la sentencia estimó que era de libre nombramiento y remoción ; b) la Aeronáutica jamás suprimió el empleo del cual fue desvinculada y menos aún procedió a su creación con uno “adscrito” al despacho del Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; c) no fue notificada de alguna variación en la naturaleza del empleo que ocupaba d) nunca fue expedida por la Aeronáutica Civil una resolución motivada mediante la cual le terminaran el nombramiento en provisionalidad; e) tampoco le hicieron un nombramiento ordinario para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; f) jamás fue notificada de la elaboración de un “estudio técnico” que justificara el cambio de la naturaleza del empleo.

-Indicó que desde 2005, le diagnosticaron discopatía degenerativa en L4, L5 y L5 Si, enfermedad por la que recibe constante fisioterapia y que era conocida por la entidad. Sostuvo que no tiene recursos ni vivienda propia y depende de lo que devenga de su trabajo, dinero con el cual ayuda a su padre, de 76 años, que sufre de cáncer de próstata y recibe una “pequeña pensión”; también tiene a su cargo a una hermana con Síndrome de Down.

Con los anteriores argumentos solicitó el amparo de sus derechos fundamentales, textualmente en los siguientes términos:

“ 1.- Que se tutelen mis Derechos Fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, consagrados en los artículos 13, 25 y 29 de la Constitución Política de 1991.

2. Que en amparo de mis Derechos Fundamentales a la igualdad, al trabajo y aun debido proceso, se deje sin efectos la sentencia de 27 de noviembre de 2012. proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E” en Descongestión, con ponencia del Magistrado JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA, dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho de JUANA MARÍA CASTRO BORRERO contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL, expediente No.

2006-036-01, mediante la cual se REVOCÓ el fallo de 7 de enero de 2010, expedido por el Juzgado 50 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá y en su lugar dispuso negar las pretensiones de la demanda y sin costas en la instancia.

3. Que igualmente, en amparo de mis Derechos Fundamentales a la igualdad, al trabajo y a un debido proceso, se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "E" en Descongestión, especialmente al Magistrado JORGE HERNAN SÁNCHEZ FELIZZOLA, que profiera una providencia judicial que confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado 50 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, calendado 7 de enero de 2010, dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho de JUANA MARÍA CASTRO BORRERO contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL, expediente No. 2006-036-01."

3. Pruebas allegadas al proceso. Folios 38 a 370 del cuaderno principal

Son relevantes las siguientes pruebas que se encuentran en el expediente en la foliatura mencionada:

-Copia simple de la Resolución 02280 de 10 Junio de 2003 y del Acta de Posesión de la señora Juana María Castro Borrero.

-Copia simple de la Resolución número 04492 del 17 de diciembre de 1997, "por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Requisitos para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y se dictan otras disposiciones".

-Fotocopia simple de las certificaciones de fecha 11 de enero y 14 de marzo de 2006, en las que constan las funciones del cargo que ejercía la accionante al momento de su desvinculación.

-Fotocopia simple de la primera y última página de la Resolución 0847 del 10 de marzo de 2004, por la cual se hacen unos nombramientos provisionales y se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

-Copia simple del Acta de Incorporación No. 002872, del 10 de marzo del año 2004, por

medio de la cual la peticionaria tomó nuevamente posesión ante el entonces Director de Talento Humano, en el cargo de Especialista Aeronáutico III Grado 39, incorporado mediante nombramiento provisional.

-Copia simple de la Resolución No. 05178 del 22 de noviembre de 2005 que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

-Copia simple de la certificación expedida por la inmobiliaria Myriam de Mora, la cual indica, que al momento de la desvinculación, la accionante era arrendataria del inmueble ubicado en la Calle 94 No. 16 - 29 apartamento 603 de la Torre B, en la ciudad de Bogotá, por el cual cancelaba un canon de arrendamiento de \$ 667.815.00.

-Fotocopia simple de las certificaciones expedidas por G.M.A.C. Financiera de Colombia y Davivienda, las cuales dan cuenta de que al momento de la desvinculación, la actora tenía créditos con entidades financieras.

-Certificación de la patología que padece la hermana de la señora Juana María Castro Borrero.

-Copia de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, en el período comprendido entre el 28 de enero de 1994 y el 28 de enero de 2004, relacionados con la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

-Copia del Decreto 4553 del 25 de noviembre de 2005, emitido tres (3) días después de la expedición de la resolución mediante la cual la peticionaria fue declarada insubsistente, "Por el cual se modifica la nomenclatura y clasificación de empleos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil", con el objeto de demostrar que al momento de producirse la desvinculación, el Decreto 248 de 1994, se encontraba vigente.

-Copia simple de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, desde el año 2000 al 2012, mediante los cuales se fija la escala salarial de los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

-Sentencia de primera instancia dictada el 7 de enero de 2010, que condenó a la Aeronáutica dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho que la accionante inició contra esa entidad.

-Concepto expedido por la Oficina Jurídica de la Universidad Nacional de Colombia, que al igual que el rendido por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, se pronuncia sobre la improcedencia, de cambiar la naturaleza de un cargo de carrera administrativa a libre nombramiento y remoción.

4. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

Para mejor proveer en el presente proceso, mediante autos de 4 de julio y 12 de agosto de 2014, la Sala Cuarta de Revisión, por intermedio de la Secretaría de la Corte Constitucional, solicitó al Juzgado 16 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el expediente completo del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Juana María Castro Borrero contra la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil.

En el auto de 4 de julio de 2014 se suspendieron los términos del proceso hasta tanto se estudiaran las pruebas solicitadas.

Con fecha 21 de agosto de 2014, la Secretaría de esta Corporación informó el recibo del expediente solicitado con los respectivos cuadernos.

5. Intervención de la Sección Segunda, Subsección “E” de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

El Magistrado Ponente de la providencia censurada, expresó que en ella se estudiaron juiciosamente cada una de las pruebas aportadas al proceso ordinario, a partir de las cuales se concluyó que las pretensiones de la demanda no podían prosperar.

Indicó que en la providencia atacada no era factible ordenar el reintegro solicitado porque el cargo que ocupaba la accionante era de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia, el acto que dispuso su retiro no necesitaba motivación.

6. Intervención de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

El apoderado judicial de la Aerocivil se opuso a la prosperidad de la tutela arguyendo que el Juzgado Administrativo de primera instancia fue quien se equivocó en sus apreciaciones cuando, para acceder a la pretensiones de la demanda ordinaria, aseguró que el cargo que

ocupaba la actora era de carrera administrativa.

Adujo que, por el contrario, el Tribunal mediante un estudio juicioso de las normas y pruebas, advirtió que el cargo de Especialista Aeronáutico III, grado 39, ubicado en la Dirección de la Aerocivil, sí era de libre nombramiento y remoción y, por lo tanto, el acto de insubsistencia no debía motivarse.

Afirmó que la solicitud de amparo constitucional era improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial, en tanto que en el proceso ordinario se encontraba pendiente de resolver la nulidad procesal que la misma señora Castro Borrero presentó oportunamente.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

Corresponde a la proferida el 25 de abril de 2013 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la cual se negó, por improcedente, la solicitud de amparo constitucional.

En síntesis explicó la sentencia, que encontrándose pendiente por resolver la petición de nulidad de la sentencia censurada dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E", no procedía la acción en los términos del numeral 1º. del artículo 60 del Decreto 2591 de 1991, pues ese fue el mecanismo ordinario de defensa judicial escogido por la tutelante para la defensa de sus derechos.

2. Impugnación

Por escrito de 9 de agosto de 2013, la señora Juana María Castro Borrero impugnó la sentencia del 25 de abril de 2013 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Reiteró los argumentos expuestos en la tutela y adicionó los siguientes:

-Adujo que una vez proferida la decisión de tutela el Director de la Aerocivil sometió a concurso interno el cargo del cual fue desvinculada designando en encargo hasta tanto fuera provisto de manera definitiva mediante concurso público de méritos.

-Que el cargo que ella venía ocupando y que pertenecía al Despacho del Director de la

Aerocivil, ahora se ubica en el Grupo de Extensión Académica de la Oficina Centro de Estudios y Ciencias Aeronáuticas.

-Que todo lo anterior demuestra que su cargo sí era de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual la Aerocivil se encontraba obligada a motivar el acto administrativo mediante el cual la declaró insubsistente.

3. Sentencia de segunda instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado por sentencia dictada el 16 de diciembre de 2013, declaró igualmente improcedente la tutela presentada por la señora Juana María Castro Borrero, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

La providencia hace un recuento de la evolución que en el Consejo de Estado ha tenido la tesis sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para indicar, que en una primera época esa Corporación, incluso la Sección Quinta, consideró improcedente el empleo de la tutela como instrumento judicial idóneo para dejar sin efectos providencias judiciales. Entre otros motivos, porque se estimó que el trámite y definición de un proceso judicial ordinario dentro del cual eran proferidas las providencias censuradas, era prueba fehaciente de que el conflicto había contado con un debate judicial idóneo y eficaz por el juez natural competente, en tanto operaba el “medio de defensa judicial” existente para el efecto, situación que según mandato del numeral 1º. del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, hace que, en estos eventos el mecanismo de la tutela sea improcedente.

Indicó que la Sección Quinta, en una apertura progresiva de admisión excepcional de la tutela cuando la lesión se atribuye a una decisión judicial, ha venido sosteniendo que solo en situaciones muy especiales en las cuales se evidencie, de manera superlativa, que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, es admisible que la tutela constituya el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o transgredidos, imponiéndose en estos eventos ampararlos para garantizar la justicia material inherente a la dignidad humana.

Recordó que el 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación proferida por importancia jurídica, adoptó la tesis de la admisibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se evidencie que contienen atropello a derechos fundamentales. Sostuvo que en tales casos el juez de tutela debe adentrarse en el examen de fondo de la situación. Al respecto, luego de realizar un detenido recuento histórico de las posiciones asumidas por las diferentes secciones sobre esta materia en los últimos años, precisó:

“(…) De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”³ (subrayas y negrita de la Sala).

Frente al caso concreto, considera la sentencia de segunda instancia que las peticiones de la actora en el proceso ordinario ya fueron definidas, pues se concluyó que el cargo que desempeñaba en la Aerocivil era de libre nombramiento y remoción, “conclusión con la cual no se encuentra de acuerdo la accionante, pretendiendo, ahora, reabrir un debate de instancia definido por el juez natural de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, aceptar la argumentación de la señora Juana María Castro Borrero desconocería el carácter residual y subsidiario de la tutela y llevaría a sustituir las acciones judiciales que el legislador previó en el ordenamiento jurídico para resolver las diferentes controversias suscitadas entre los administrados y, entre éstos y el Estado.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela de conformidad con lo dispuesto en

los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

La accionante presentó acción de tutela contra una providencia judicial proferida dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, tras advertir que la sentencia no tuvo en cuenta que se desempeñaba en provisionalidad en un cargo de carrera y por lo tanto el despido debió ser motivado por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Para la accionante la sentencia mencionada incurrió en defectos sustantivos y fácticos, al ignorar el material probatorio arrimado al expediente, que evidenciaba un resultado distinto al decidido por el Tribunal, al tiempo que se ignoraron los precedentes constitucionales que conducen a afirmar que la desvinculación de un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, debe motivarse so pena de que se viole el debido proceso y el despido devenga nulo.

La cuestión planteada gira entonces en determinar si la providencia objeto de revisión incurrió en las alegadas causales de procedibilidad y si existió violación al debido proceso de la accionante al haberse omitido el presupuesto de motivación de un acto administrativo que la desvinculaba de un cargo de carrera ocupado en provisionalidad.

La Sala se ocupará de reiterar (i) la jurisprudencia sobre las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) analizará específicamente la doctrina sobre los defectos sugeridos en la demanda como existentes en la sentencia ordinaria que se acusa, es decir, los defectos fácticos y el error inducido, lo mismo que la causal propia relativa al abandono del precedente constitucional ;(iii) se recordará la jurisprudencia vigente sobre la motivación de los actos administrativos de cara a los funcionarios en cargos de provisionalidad, para finalmente aplicar la doctrina al caso concreto.

3. Causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 C.P. dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario diseñado para la protección de los derechos fundamentales cuando no se cuenta con alguna otra vía judicial de defensa, o cuando existiendo ésta, se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación[1], en principio, la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales por tener un carácter residual y subsidiario[2]. Sin embargo, de manera excepcional, cuando concurren todas las causales genéricas y por lo menos una de las específicas de procedibilidad, el amparo resulta procedente con el fin de recobrar la vigencia del orden jurídico y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales afectados.

En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 se sistematizaron las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, las cuales deben ser verificadas por el juez de amparo y en ésta quedaron consignadas de la siguiente manera:

(i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecte derechos fundamentales de las partes, exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en un instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[3].

(ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[4].

(iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración[5]. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

(v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible[7].

(vi) Que no se trate de fallos de tutela[8], de forma tal que se evite que las

controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida.

4.- Una vez establecido el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela solo podrá conceder el amparo cuando halle probada la ocurrencia de alguno(s) de los defectos constitutivos de las que han sido llamadas causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias[9], a saber:

- (i) Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.
- (ii) Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez ha actuado al margen del procedimiento establecido.
- (iii) Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- (iv) Defecto factico, que se presenta cuando se dan por demostrados hechos que carecen de prueba o se desconocen arbitrariamente los que sí cuentan con ese respaldo.
- (v) Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- (vi) Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.
- (vii) Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- (viii) Violación directa de la Constitución.

En suma, la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos

fundamentales, procede excepcionalmente para controvertir el sentido y alcance de las decisiones judiciales, siempre que (i) se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se advierta que la providencia cuestionada incurrió en una o varias de las causales específicas, y (iii) se determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que conlleva la amenaza o la vulneración de derechos fundamentales.

Dado que los siguientes defectos son alegados en la demanda de tutela, la Corte recuerda conceptualmente los alcances de cada uno de ellos.

3.1 Defecto sustantivo: reiteración de jurisprudencia

Específicamente[10] respecto del defecto sustantivo en una decisión judicial, esta Corporación ha circunscrito su ocurrencia a cuando la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable,[11] ya sea porque[12] (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley (por haber sido derogada o declarada inexecutable), (b) es inconstitucional,[13] (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.[14] También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma[15] constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución.[16]

Igualmente, se considera defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación[17] que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial[18] sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente;[19] o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.[20]

3.2 Defecto fáctico

La jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho defecto se encuentra relacionado con errores probatorios durante el proceso, el cual se configura cuando la decisión judicial

se toma (i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”.[21]

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en la protección al principio de la autonomía e independencia judicial, en el cual se incluye el amplio margen que recae sobre los operadores judiciales para valorar – de conformidad con las reglas de la sana crítica – las pruebas que han sido recaudadas durante el proceso. Sin embargo, la sentencia SU-159 de 2002, señaló que dicha independencia y autonomía “jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.

Así mismo, se ha señalado que el defecto fáctico tiene dos dimensiones; una positiva y una negativa. Mientras la primera hace referencia a circunstancias en las que se valoran pruebas vulnerando reglas legales y principios constitucionales, la segunda hace relación a situaciones omisivas en la valoración probatoria que pueden resultar determinantes para el caso. Dicha omisión se debe presentar de manera arbitraria, irracional y/o caprichosa.

Esta Corporación ha establecido que la dimensión negativa se produce “(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso;(ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo. Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia”.[22]

Se ha concluido que el defecto fáctico por no valoración de pruebas se presenta[23]“cuando

el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente”.[24]

No obstante lo anterior, la Corte ha reconocido que en la valoración del acervo probatorio el análisis que pueda realizar el juez constitucional es limitado, en tanto quien puede llevar a cabo un mejor y más completo estudio es el juez natural.

3.3 Error Inducido

El concepto de error inducido ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como consecuencia de lo establecido mediante la sentencia SU-014 de 2001 que introdujo lo que denominó como vía de hecho por consecuencia. En esta oportunidad la Sala Plena de la Corte explicó dicha noción al señalar que “es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial – presupuesto de la vía de hecho –, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales”.

Posteriormente, la jurisprudencia dejó de lado el concepto de vía de hecho por consecuencia y acogió la noción de error inducido argumentando que esta “es más clara en la medida en que la misma se tornaba en un oxímoron, es decir, una contradicción dentro del mismo término, pues la vía de hecho implica una actuación arbitraria por parte del funcionario judicial y este defecto descarta dicha arbitrariedad, pues lo que realmente ocurre es que la autoridad judicial es inducida a error por conductas de otras personas”[25].

El error inducido se presenta cuando la autoridad judicial es víctima de factores externos al proceso que lo determinan o influyen a tomar determinada decisión que resulta contraria a derecho o a la realidad fáctica del caso.

3.4 El desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de

procedibilidad

Como fue expuesto en precedencia, una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, es el desconocimiento del precedente establecido por la Corte Constitucional derivado de la aplicación directa de una regla que tiene su origen en la propia Carta Política y cuya infracción conduce a la vulneración de una norma de raigambre superior.

Los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, señalan que la función judicial ha de ejercerse en cumplimiento de los principios de independencia y autonomía. Con todo, la Corte ha definido el carácter vinculante del precedente constitucional, por virtud de la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, la protección del derecho a la igualdad y la salvaguarda de la buena fe y la confianza legítima[26]. Por esta razón, los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente establecido por esta Corporación, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación en un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación[27].

Ha reiterado la Corte que el precedente constitucional asegura la coherencia del sistema jurídico, pues permite determinar de manera anticipada y con plena certeza la solución aplicada a un determinado problema jurídico, de suerte que los sujetos están llamados a ajustar su actuar a las normas y reglas que los regulan, en concordancia con la interpretación que se ha determinado acorde y compatible con el contenido de la Constitución Política. Por lo demás, la aplicación del precedente garantiza la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho[28].

Así, para efectos de delimitar el alcance de esta causal, se han identificado cuatro escenarios en los que cabe señalar que se desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional: (i) Cuando se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) Cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) Cuando se ignora la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) Cuando se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela[29]. Este último supuesto hace

mención específica a aquellas situaciones en las que ésta Corporación ha definido el alcance de un derecho fundamental en la ratio decidendi de sentencias de tutela, a partir de la determinación de sus elementos esenciales derivados de la interpretación de una norma constitucional, circunstancia de la cual se deriva una limitación al ámbito de autonomía en el ejercicio de la función judicial. Como ratio decidendi la Corte ha entendido la regla que aplica el juez en el caso concreto que se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y siendo una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella.[30]

4. De los empleos de la función pública y sus características

La ejecución de la actividad estatal requiere de una planta de personal que se vincula al sector público mediante el marco constitucional establecido en el artículo 125 Superior. Esta norma consagra el sistema de carrera como un mecanismo que por regla general le permite al Estado escoger a los funcionarios que habrán de conformar el recurso humano para ciertas funciones del Estado. La Ley 909 de 2004 desarrolla este artículo constitucional y expide “normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, a partir de las cuales, clasifica los empleos públicos en: (i) empleos públicos de carrera; (ii) empleos públicos de libre nombramiento y remoción; (iii) empleos de período fijo; y (iv) empleos temporales.

En primer lugar, en relación con los empleos públicos de carrera, es necesario indicar que los mismos implican ingresar a un concurso de méritos con el fin de demostrar las calidades y cualidades para ejercer el cargo público al cual se aspira. El ciudadano inscrito en carrera administrativa y escogido para ejercer el cargo al que concursaba, goza del beneficio de estabilidad reforzada en la función pública, el cual, según lo establecido por el artículo 125 de la Constitución Política, implica que este funcionario sólo podrá ser retirado de su cargo por: (i) calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, (ii) por violación del régimen disciplinario, y (iii) por las demás causales previstas en la Constitución o la ley[32]. El concepto que la jurisprudencia constitucional ha dado sobre esta figura es el siguiente:

“El sistema de carrera por concurso de méritos comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e

imparcialidad, en cuanto permiten garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma del Estado social de derecho como lo pueden ser el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo; criterios que, por lo demás, se contraponen a los nuevos roles del Estado e influyen negativamente en su proceso evolutivo de modernización, racionalización y optimización, implementados con el objetivo de avanzar en la prestación de un mejor servicio a la comunidad”[33].

Así entonces, el cometido estatal mediante el sistema de carrera administrativa por concurso de méritos, se orienta bajo los principios de igualdad e imparcialidad, en busca de una valoración objetiva que permita la escogencia de los que demuestren mayores aptitudes para el cargo y con ello se evite el clientelismo y nepotismo. Igualmente, es necesario precisar que, de la lectura del mismo artículo 125 de la Constitución Política se desprende que se excluyen de este régimen los cargos de: (i) elección popular, (ii) los de libre nombramiento y remoción, (iii) los de trabajadores oficiales, y (iv) los demás que determine la ley.

En segundo lugar, frente a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, se resalta que se han establecido como una modalidad que permite al nominador ejercer su discrecionalidad o subjetividad en la escogencia del personal que habrá de ejercer ciertas labores públicas. Ello implica igualmente que su retiro o desvinculación del cargo se encuadre netamente en aspectos subjetivos y discrecionales[34].

Mediante Sentencia C-540 de 1998, la Corte estableció una diferencia entre este tipo de cargos y aquellos que son de carrera, respecto de lo cual expuso que:

“La Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.”

De esta forma, cabe destacar igualmente que la supresión de estos cargos o la desvinculación del personal que ejerce dentro de los mismos no genera efectos indemnizatorios frente a aquellos que se encuentran en carrera, toda vez que no cuentan con el derecho a la estabilidad reforzada de estos últimos.

En tercer lugar, se encuentran los empleos de período fijo, quienes se hallan delimitados temporalmente por el término en que se haya concebido la labor, de manera que el funcionario puede ser retirado del cargo al momento en que se cumpla el plazo establecido para estos efectos. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se puede identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional, Magistrados, contralores departamentales y municipales, personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que uno de los propósitos del carácter delimitado en el tiempo se debe a “[E]l período fijo, se explica más en virtud del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia, que en gracia de asegurar al respectivo funcionario, un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos”[35].

En cuarto lugar, están los empleos temporales. El artículo 21 de la Ley 909 de 2004, define este tipo de empleos públicos y enmarca los parámetros entre los cuales habrá de desarrollarse. A través de ellos se permite a los nominadores introducir excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Sus características son: (i) no cumplen funciones del personal de la planta debido a que no hacen parte de ella; (ii) desarrollan programas o proyectos de duración limitada; (iii) suplen necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, debido a sobrecarga laboral; (iv) desarrollan labores de consultoría y asesoría institucional con una duración no superior a los doce (12) meses y con estrecha relación con el objeto y la naturaleza de la institución. La Sentencia C-288 de 2014, dispuso:

“De esta manera, la finalidad de la consagración de un procedimiento especial para la selección de los empleos temporales, distinto del concurso público es dotar a la

administración pública de una herramienta para garantizar la eficiencia en la selección de funcionarios para eventos especiales en los cuales no sea posible realizar un concurso público, los cuales se encuentran señalados en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004:

“a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución”.

Ahora bien, la jurisprudencia también se refiere a una figura híbrida que representa un caso excepcional en relación con los definidos anteriormente, bajo la modalidad de cargos de carrera que pueden ser ocupados en provisionalidad. Esta figura es una herramienta que permite a la Administración Pública suplir necesidades ante situaciones que generan insuficiencias de personal por vacancias temporales o definitivas, hasta tanto se provean estos cargos con los requisitos de ley o culmine la circunstancia que produjo la vacancia.

No obstante, es necesario aclarar que la provisionalidad en el cargo no puede considerarse como un factor modificador de las calidades del mismo, toda vez que la estipulación legal prevalece sobre el escenario fáctico. Así, la persona que asume este tipo de cargos, no es ajena a requerimientos técnicos y condiciones de calidad que se ordenan para ejercer una función determinada dentro del sector público.

En este orden de ideas, esta figura intermedia, al contemplar exigencias propias de la carrera administrativa, también ofrece a estos funcionarios un grado de estabilidad laboral que les permita gozar de garantías en el ejercicio del mismo. De esta forma, los funcionarios que ejerzan funciones en esta modalidad, son beneficiarios de una estabilidad laboral intermedia o relativa que les permite ser valorados bajo criterios técnicos y no

discrecionales, por ello no pueden equipararse a los cargos de libre nombramiento y[36]. El adjetivo que define como intermedia o relativa a este tipo de estabilidad, tiene como punto causal la premisa fáctica según la cual, este tipo de funcionarios no obstante encontrarse excluidos de ser valorados a través de un ámbito de discrecionalidad absoluta del nominador, no gozan de una estabilidad laboral reforzada hasta tanto no se provea el cargo mediante concurso de méritos.

En consecuencia, la desvinculación de este tipo de empleados públicos debe estar igualmente enmarcada entre los márgenes para los funcionarios de carrera. Según el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, respecto a este tipo de desvinculación: “Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

Linealmente con esta disposición, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, sin haber alterado el sentido de sus disposiciones con la Ley 1437 de 2011, disponen para los funcionarios de carrera la posibilidad de ejercer la acción de nulidad contra actos administrativos que los desvinculan de sus cargos cuando los mismos carezcan de una motivación razonable y coherente que les permita conocer los argumentos de su retiro. Esta atribución se otorga con la finalidad de garantizar los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad en el servicio público.

En el plano jurisprudencial, como veremos, el precedente constitucional ha señalado que en el marco del Estado Social de Derecho, los funcionarios que ejercen cargos de carrera administrativa en provisionalidad cuentan con el derecho de conocer las razones de su desvinculación, mediante un acto administrativo motivado con una línea argumentativa coherente entre el desempeño desarrollado y las funciones debidas. En su defecto, la consecuencia de ello sería la nulidad del acto de desvinculación por violación a los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad. Sobre el particular, el precedente constitucional ha sostenido que este tipo de acto:

“[S]ólo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el

funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”[37].

A partir de esta descripción, el precedente nos permite identificar que los funcionarios de carrera nombrados en provisionalidad sólo pueden ser desvinculados cuando: (i) obedezca a razones disciplinarias; (ii) por calificación insatisfactoria o razón específica atinente al servicio prestado; (iii) porque el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.

5. La necesidad de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad

El tema de la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas nombradas en provisionalidad ha sido suficientemente tratado por la Corte Constitucional al disponer que existe un “deber inexcusable” de motivarlos cuando declaran la insubsistencia de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Así lo ha considerado esta Corporación en numerosos pronunciamientos[38], que fueron condensados en la sentencia SU-917 de 2010 de la siguiente manera:

“En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los

servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.), de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.).

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que sí tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.”

Adicionalmente, indicó el fallo que si bien quienes ejercen cargos en provisionalidad no pueden asimilarse a empleados públicos de carrera y por lo tanto, no pueden pretender la

aplicación de los derechos inherentes a la misma, en tanto no se han sometido a las reglas que impone la ley para el efecto (participar en el concurso de méritos y culminarlo con éxito, superar el periodo de prueba, etc). tampoco pueden equipararse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública, mientras se lleva a cabo el correspondiente procedimiento para efectuar el nombramiento en propiedad. De esta manera concluyó:

“En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”[39].

Por otra parte, también se dispuso que la falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad, constituye un vicio de nulidad, “en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.”

La jurisprudencia en otro pronunciamiento le ha dado alcance igualmente al contenido que deben tener estas actuaciones. Al respecto se ha dicho:

“Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”[40]. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones

por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”[41].

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto[42]” [43].

Por lo anterior, la necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal con una argumentación ligera en el texto de la providencia. Por el contrario, la Corte ha apelado al concepto de “razón suficiente” para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en una simple exigencia inane y formal. [44]

Igualmente, la sentencia SU-556 de 2014 reiteró que, con base en la Constitución Política, como manifestación de algunos de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en especial los que propugnan por la igualdad, la prosperidad y la protección al sistema de carrera como regla general para ingresar al servicio público, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Indicó la sentencia, que “así quedó expresamente consagrado en la Ley 909 de 2004 y, por tanto, es claro que, antes y después de la existencia de normatividad expresa, el desconocimiento de dicho deber de motivar este tipo de actos administrativos constituye un vicio de nulidad”.

Aclaró la referida providencia, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con

el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido la tesis según la cual se hace necesario motivar los actos administrativos que desvinculan a funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Dos fallos merecen reseñarse: la sentencia del 23 de septiembre de 2010 dictada por la Sección Segunda de esa Corporación y la sentencia de 10 de marzo de 2011 de la Sección Cuarta (en acción constitucional) de la misma entidad. En el primero de ellos se dijo lo siguiente:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley

443 de 1998”.[45]

En el segundo caso, con sentencia del 10 de marzo del año 2011, radicado 11001-03-15-000-2011-00088-00 (acción constitucional) la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado igualmente se inclinó por sostener la necesidad de motivar los actos de despido de funcionarios en provisionalidad luego de estudiar la acción de nulidad incoada por un ciudadano que había sido nombrado en provisionalidad en el cargo de Técnico de Presupuesto de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Galapa. Para esta ocasión, el funcionario había sido declarado insubsistente o desvinculado del cargo sin mediar acto administrativo motivado, toda vez que a consideración del nominador, los cargos en provisionalidad se valoraban a partir de criterios netamente discrecionales y los mismos no gozaban de iguales beneficios que los empleados de carrera, como ser desvinculado del cargo mediante acto motivado.

6. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen la actora afirma que sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso fueron vulnerados por la Sección Segunda, Subsección “E” de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque con sentencia del 27 de noviembre de 2012 se revocó el fallo que profirió el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, el 7 de enero de 2010, en el cual, se había accedido a las pretensiones de la demanda que, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó contra la Aeronáutica Civil. Estima la accionante que el citado despacho judicial debió confirmar el fallo del Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá en tanto el cargo que ocupaba en la mencionada entidad era de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, como erradamente lo dedujo el Tribunal accionado por lo que concluyó, que el acto administrativo mediante el cual la declararon insubsistente no debía motivarse.

Por tratarse de una acción de tutela contra una providencia judicial, la Corte aborda, en primer lugar, el análisis de los criterios de procedencia.

6.1 Estudio de los presupuestos de procedencia

6.2 Relevancia Constitucional

El asunto planteado en la acción de tutela que es motivo de estudio de esta Sala de Revisión, tiene relevancia constitucional, en tanto se alega la lesión del derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y el acceso eficaz a la administración de justicia, ocasionada con la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictada el 27 de noviembre de 2012, como segunda instancia de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

6.3 Agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios

Para la procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, es igualmente necesario que el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, o en su defecto, que aquellos de los cuales dispone no resulten idóneos para garantizar la protección del derecho. Para esta Sala es claro que la actora agotó los medios de defensa y contradicción de los que disponía dentro del proceso contencioso administrativo, e incluso la solicitud de nulidad que presentó fue fallada de manera negativa el día 6 de diciembre de 2013 antes de dictarse la sentencia de segunda instancia en el proceso de tutela; de manera que fueron agotados los recursos de rigor y la petición de nulidad, quedando habilitada la acción de tutela como única vía existente para el amparo de sus derechos. La Corte desestima los argumentos de las sentencias revisadas que negaron el amparo impetrado luego de considerar que no se cumplía la exigencia de subsidiariedad al estar pendiente la petición de nulidad presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección “E”.

6.4 Plazo razonable (inmediatez)

En virtud de la naturaleza de protección inmediata que reviste la acción de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que si bien no existe un plazo determinado por el legislador, la esencia misma del amparo lleva a concebir su ejecución dentro de un plazo razonable que exponga la actualidad de la vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes. La presente tutela cumple este requerimiento, en tanto se presentó en una primera instancia dentro de un término razonable – el 28 de febrero de 2013- contra una decisión judicial que había sido proferida el 22 de noviembre de 2012.

6.5 Identificación de los hechos que generan violación del derecho fundamental

Los hechos que se narran en el expediente permiten apreciar con claridad las actuaciones que, a juicio de la accionante, constituyen una violación a sus derechos fundamentales. Estos hechos son enmarcados por quien demanda de la siguiente forma: (i) desvinculación de un cargo público sin mediar acto administrativo debidamente motivado; (ii) inobservancia del material probatorio que demostraba su vinculación en un cargo de carrera a la Aeronáutica Civil y (iii) violación de los precedentes constitucionales.

6.6 No se controvierte una sentencia de tutela.

La acción de tutela que se estudia se encuentra dirigida a desvirtuar una sentencia judicial surtida dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

7. Análisis de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Verificados los requisitos generales de procedibilidad, la Sala entrará a analizar si en el presente caso, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en alguno de los defectos contemplados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como requisito específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La accionante sostiene que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, incurrió, principalmente, en claros defectos fácticos que llevaron al fallador de segundo grado a proferir una decisión violatoria de sus derechos, al tiempo que se ignoraron los precedentes constitucionales que dan cuenta de una reiterada doctrina en relación con la necesidad de motivar los actos administrativos que desvinculan funcionarios públicos, que ocupan cargos en provisionalidad.

Sea lo primero dar cuenta del material probatorio y de los hechos que se encuentran constatados en este caso:

-Mediante Resolución No. 02280 de 10 de junio de 2003 proferida por el Director General de la Aeronáutica Civil se nombró con carácter provisional a la señora Juana María Borrero en el Cargo de Especialista Aeronáutico III Grado 39 y ubicado en la Dirección General (fl. 2). La Resolución mencionada a la letra dice :

“Nombrar con carácter provisional a JUANA MARIA CASTRO BORRERO, con CC numero 51935 310 en el cargo de Especialista Aeronáutico III grado 39 y ubíquese en la Dirección General”.

-El Decreto 261 de 2004 estableció la planta de personal de la Aerocivil, indicando, en su artículo segundo, que el Despacho del Director General estaba conformado entre otros, por un Especialista Aeronáutico III, Nivel 42, Grado 39 (folio 76) .

-Mediante la Resolución No. 00847 de 10 de marzo de 2004, el Director de la Aeronáutica Civil, nombró en provisionalidad a varios funcionarios, entre ellos, a la demandante la cual fue ubicada en la Dirección General (fls. 81 82).

-En efecto, una fotocopia simple de la primera y última página de la Resolución 0847 del 10 de marzo de 2004, por la cual se hacen unos nombramientos provisionales y se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, demuestra que la vinculación, que se hizo fue bajo la figura de la provisionalidad.

Dice así el artículo primero de la mencionada Resolución:

“Nombrar con carácter provisional e incorporar a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil a los funcionarios que a continuación se relacionan:

Dirección General:

Juana María Castro Borrero Especialista Aeronáutico III nivel 42 grado 39.

- La señora Castro Borrero tomó posesión del Cargo de Especialista Aeronáutico III, Nivel 42, Grado 39, mediante acta de incorporación No. 002872 de 10 de marzo de 2004 (fl. 83), donde se lee :

-Existe en el expediente copia simple de la Resolución No. 04492 del 17 de diciembre de 1997, por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Requisitos para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se dictan otras disposiciones, en la que claramente se muestra que las funciones desarrolladas por la

accionante en ejercicio de su vinculación eran exactamente iguales a las de los otros funcionarios especialistas aeronáuticos III Grado 39, que se encuentran vinculados igualmente a cargos de carrera administrativa (folio 71 cuaderno principal).

-Mediante la Resolución No. 5178 de 22 de noviembre de 2005 se declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Juana María Castro Borrero.[46]

-Se encuentra en el expediente el concepto suscrito por la Doctora Claudia Patricia Hernández León, Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública al responder consulta elevada por la accionante, donde explica primero, cuál es el procedimiento que se debe llevar a cabo para el cambio de naturaleza de un cargo de carrera administrativa a uno de libre nombramiento y remoción, y segundo, el procedimiento que se debe llevar a cabo cuando un funcionario ha sido vinculado mediante nombramiento provisional en un cargo de carrera administrativa y luego el cargo pasa a ser de libre nombramiento y remoción. La respuesta dada por la funcionaria obra en el expediente y evidencia que tales procedimientos no se cumplieron por parte de la Aeronáutica Civil. (Folio 545 segundo cuaderno).

-La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, por intermedio del Director de Talento Humano, expidió comunicación dirigida a la accionante mediante la cual certificó “que una vez verificada la hoja de vida de JUANA MARÍA CASTRO BORRERO, identificada con la cédula de ciudadanía No 51.935.310, se constató que no se evidencia notificación por escrito en el período comprendido entre el 12 de junio de 2003 y el 23 de noviembre de 2005 que le señalara que el cargo para el cual había sido nombrada y posesionada con carácter provisional, se había convertido en un cargo de libre nombramiento y remoción”.

-Existe certificación expedida por el Director de Talento Humano de la Aerocivil y calendada el 25 de agosto de 2011 dando cuenta que el cargo del cual fue desvinculada la actora (Especialista Aeronáutico III, Nivel 42, Grado 39) fue provisto con nombramiento provisional y, posteriormente, en virtud de concurso abierto en el año de 1996 con la respectiva incorporación a la carrera aeronáutica; seguidamente, vacante el mismo, fue provisto mediante nombramiento provisional hecho en cabeza de la actora el día 10 de junio de 2003.

-Con el material probatorio se prueba, adicionalmente, que la señora Juana María Castro

Borrero era evaluada de manera habitual en su desempeño, actividad normalmente desarrollada para los funcionarios inscritos en carrera administrativa y aquellos que ocupasen dichos cargos en provisionalidad (Resolución No. 00992 del 24 de marzo de 2000, visible a folio 61 del expediente original).

-Estima la Sala necesario hacer un trazado histórico de la normativa relativa al cargo que ocupaba la accionante en la Aeronáutica Civil, para demostrar que en la actualidad es un cargo de libre nombramiento y remoción pero cuando la accionante se vinculó a esa entidad (Resolución No. 02280 de 10 de junio de 2003) el cargo era de carrera y ello hacía imperiosa la motivación del acto de despido.

-Mediante el art. 2 del Decreto 248 del 28 de enero 1994 se estableció que los empleos de la Aeronáutica Civil, según su naturaleza son de carrera Aeronáutica y de libre nombramiento y remoción; en el numeral primero del artículo precitado, se estableció que los empleos de la Carrera Aeronáutica comprenden el cuerpo administrativo que cumple tareas de apoyo y respaldo a las funciones propias de la Entidad y comprende el nivel Auxiliar y el cuerpo aeronáutico que atiende las funciones propias de la entidad y comprende los niveles técnico, profesional y especialista. Con respecto a los empleos de libre nombramiento y remoción, se dijo que eran los comprendidos en los niveles Directivo y Asesor de que trata el artículo 12 de la mencionada norma y que se encuentran claramente enumerados como: Asesor Aeronáutico, Administrador de Aeropuerto, Gerente Aeroportuario, Director Regional Aeronáutico, Director Aeronáutico de Área, Jefe de Oficina Aeronáutica, Secretario Aeronáutico, Secretario Aeroportuario, Secretario General, Subdirector General y Director General de Aeronáutica Civil. En este Decreto es claro que el cargo al cual se vinculó la señora Castro Borrero era de carrera administrativa, al corresponder al nivel de especialista.

-Dos años después, el 7 de febrero de 1996, mediante la expedición del Decreto 278, se crearon ocho (8) nuevos cargos denominados Especialista Aeronáutico III Nivel 42 Grado 39, completando para la fecha un total de doce (12) cargos Especialista Aeronáutico III Nivel 42 Grado-39.

-En el año 1998 fue expedida la Ley 443 de 1998 que en su art. 5, numeral segundo, relaciona los cargos de libre nombramiento y remoción y dentro de los cuales no se

encuentra el ejercido por la actora, es decir el de Especialista Aeronáutico III Nivel 42 Grado 39.

-En el año 1999, mediante la expedición del Decreto 1809 del 14 de septiembre de 1999, fueron suprimidos tres (3) cargos de Especialista Aeronáutico III Código 42, Grado 39, y quedaron en la planta nueve (9) cargos con la misma denominación, código, grado, salario y nivel salarial del que ocupaba la actora al momento de su desvinculación.

-En el año 2000, con la expedición del Decreto 202 del 15 de febrero, se suprimieron de la planta de la Entidad demandada, dos (2) cargos Especialista Aeronáutica III Nivel 42 Grado 39, por lo cual quedaron en la planta de la Aeronáutica Civil siete (7) cargos Especialista Aeronáutico III Nivel 42 Grado 39. Estando vigente el Decreto 202 del 15 de febrero de 2000, el Director General (e) de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, expidió la Resolución No. 02280 del 10 de junio de 2003 por la cual la demandante fue nombrada en provisionalidad y ubicada en la Dirección General de la Entidad demandada.

-Con posterioridad fue expedido por el Gobierno Nacional, el Decreto 261 del 28 de enero de 2004, "Por el cual se establece la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se crean otras disposiciones", se conservaron los siete (7) cargos Especialista Aeronáutico III, Nivel 42, Grado 39 y uno (1) fue ubicado en la Dirección General y los otros seis (6) con igual denominación, grado, funciones y salario quedaron en la Planta Global.

-Con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se estableció que los sistemas específicos de carrera administrativa son aquellos que en razón de la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública y dentro de los cuales incluyó en forma explícita el que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

-El artículo 5º. señaló que son de libre nombramiento y remoción los que corresponden a los siguientes criterios: "... a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales,

cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: En la Administración Central del Nivel Nacional: Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: “Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica”. El cargo ejercido por la peticionaria no encuadra dentro de ninguno de los anteriores, con lo que se constata que hasta ese momento, era un cargo de carrera administrativa.

-El cambio se sucede el 17 de marzo de 2005 cuando el Gobierno Nacional expidió el Decreto 790 de 2005, “por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil”, cuyo artículo 13 dice lo siguiente:

“Los empleos públicos de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, que correspondan a uno de los siguientes criterios:

1. Los de dirección, conducción y orientación institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, los cuales son: Director General, Subdirector General, Secretario General, Secretario de Sistemas Operacionales, Secretario de Seguridad Aérea, Jefe de Oficina Aeronáutica, Director Aeronáutico de Área, Agregado para Asuntos Aéreos, Administrador de Aeropuerto, Gerente Aeroportuario, Director Regional Aeronáutico, Asesor Aeronáutico e Inspector de Seguridad Aérea.

2. Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistencial o de apoyo y que estén al servicio directo e inmediato del Director General, siempre y cuando los empleos estén adscritos al despacho.

3. Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.”

Vista la redacción y alcances de este Decreto, es preciso afirmar que el ejercido por la tutelante es hoy un cargo de libre nombramiento y remoción por encontrarse ubicado en la Dirección de la entidad; no cabe duda, que en el esquema actual de la Aeronáutica, el cargo de Especialista Aeronáutico III Grado 39 está adscrito al Despacho del Director General y que sus funciones son propias de un cargo de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, ello no obsta para que en su momento se exigiera la motivación del acto de despido, en tanto que para la fecha de ingreso de la accionante a la entidad, el cargo, como quedó visto, era de carrera administrativa ejercido en provisionalidad desde el acto de nombramiento mediante Resolución No. 02280 de 10 de junio de 2003. La Sala reitera lo dispuesto en un caso similar consignado en la sentencia SU 053 de 2015, cuando analizó el despido de un funcionario de la Fiscalía que ocupaba un cargo en provisionalidad cuya naturaleza cambió a uno de libre nombramiento y remoción. La sentencia que sirve de precedente en esta arista específica, dice en uno de sus apartes lo siguiente:

“se observa que para la fecha en que el actor ingresó a laborar en la Fiscalía General de la Nación, el cargo que ocupaba en provisionalidad pertenecía al régimen de carrera administrativa, pero para la época en que fue desvinculado, el cargo de los empleados del Cuerpo Técnico de Investigación a nivel nacional, regional y seccional, era de libre nombramiento y remoción. Ahora, pese al cambio de la naturaleza jurídica del empleo, la ley no previó una regla normativa que regule la situación, por lo que el juez debió interpretar y resolver la situación conforme a la Constitución. En ese orden de ideas, con base en el derecho de estabilidad laboral del empleo y siguiendo la regla general de vinculación en cargos de carrera (art. 125 C.P), para la Sala no es de recibo el argumento esgrimido por el Juez Contencioso Administrativo, pues el peticionario al momento de ingresar a la Fiscalía General ocupó en provisionalidad un cargo de carrera y su desvinculación debía realizarse conforme a los parámetros previstos para dicho cargo, es decir conforme a las reglas de la motivación.”

La Sala concluye, por tanto, que existió un abandono tanto del precedente constitucional como del administrativo, en punto a la imperiosidad de motivar el acto de despido de una funcionaria de la Aeronáutica Civil, que se vinculó en provisionalidad en un cargo de carrera y su desvinculación ha debido ser coherente con la naturaleza del mismo, o como lo sostuvo la sentencia en cita, el retiro ha debido seguir los parámetros dictados por la naturaleza del cargo, es decir, previa motivación.

La Corte reitera, tal como estableció en la jurisprudencia que soporta esta sentencia, que el nombramiento en provisionalidad ostenta una estabilidad relativa que se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. Son las directrices sentadas en la sentencia SU-556 de 2014, que esta vez se siguen tras indicar que (i) el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley; (ii) la necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso; (iii) el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción; (iv) cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa[47].

Por tales razones, revocará la sentencia de tutela proferida en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado y dejará sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al conocer en segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la accionante en contra de la Aeronautica Civil.

La Sala seguirá la línea de decisión prevista en la SU-556 de 2014, conforme a la cual las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Considerando que en este caso el cargo fue ya provisto mediante concurso, no se ordenará el reintegro si no el pago a título indemnizatorio, del equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

III. DECISIÓN

RESUELVE

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

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 16 de diciembre de 2013, que confirmó la sentencia de 25 de abril de 2013 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que denegó el amparo de los derechos de la señora Juana María Castro Borrero. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 27 de noviembre de 2012 proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “E” en Descongestión, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento que inició la señora Juana María Castro Borrero contra la Aeronáutica Civil.

CUARTO.- ORDENAR pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

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

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencias T-328 de 2005, T-1226 de 2004, T-853 de 2003, T-420 de 2003, T-1004 de 2004, T-328 de 2005, T-842 de 2004, T-328 de 2005, T-842 de 2004, T-836 de 2004, T-778 de 2005, T-684 de 2004, T-1069 de 2003, T-803 de 2004, T-685 de 2003, entre otras.

[2] Sentencias T-827 de 2003, T-648 de 2005, T-1089 de 2005, T-691 de 2005 y T-015 de

2006.

[3]Sentencia T-173 de 1993.

[4]Sentencia T-504 de 2000.

[5]Sentencia T-315 de 2005.

[6] Sentencia C-591 de 2005.

[7]Sentencia T-658 de 1998.

[8]Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

[9] Desarrollados in extenso en la sentencia C-590 de 2005.

[10] Sentencia T-1276 de 2005, Sentencia T-910 de 2008, Sentencia T-1029 de 2008, Sentencia T-1065 de 2006, Sentencia T-1094 de 2008.

[11] Sentencia T-774 de 2004.

[12] Sentencia SU-120 de 2003.

[13] Sentencia T-292 de 2006.

[14] Sentencia SU-1185 de 2001.

[15] Ver sentencias T-1031 de 2001, T-1285 de 2005 y T-567 de 1998.

[16] Sentencias T-1031 de 2001 y T-047 de 2005.

[17] Sentencia T-114 de 2002 y sentencia T- 1285 de 2005.

[18] Ver sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

[19] Sentencia T-1285 de 2005.

[20]Sentencia T-047 de 2005.

[21]T-145 de 2014

[22]T-145 de 2014

[23]T-814 de 1999, T-450 de 2001, T-902 de 2005, T-1065 de 2006, T-162 de 2007, entre otras.

[24]T-078 de 2010

[25] T-145 de 2014

[26] Sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, T-522 de 2001, T-468 de 2003, T-838 de 2007, T-109 de 2009, C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

[27] Sentencias T-1025 de 2002 y T-468 de 2003. Precisamente, en la última de las citadas sentencias, se dispuso que: “En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.”

[28] En relación con este punto, la Corte ha sostenido que: “Téngase en cuenta que la

aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. // Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual. / /De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento". (Sentencia T-1025 de 2002).

[29] Ver Sentencia T-1092 de 2007.

[30] Sentencia T-117 de 2007.

[31] SU 556 de 2014

[32] T-137 de 2014

[33] C-1230 de 2005

[34] T-137 de 2014

[35] C-563 de 1997

[36] Mediante sentencia T-109 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, la Corte precisó que los cargos en provisionalidad no pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción. Al respecto estableció: "[e]sta Corporación ha manifestado en múltiples sentencias que la situación de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no es asimilable a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Por esta razón, ha afirmado que los servidores públicos en provisionalidad no pueden ser

desvinculados del servicio por la simple voluntad discrecional del nominador – como ocurre con los funcionarios de libre nombramiento y remoción -, pues ellos gozan de una estabilidad laboral relativa. De allí que en un gran número de sentencias la Corte haya determinado que se vulnera el derecho al debido proceso cuando, sin la debida motivación, se declara la insubsistencia de un servidor que había sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa”.

[37] C-279 de 2007

[39]Sentencia SU-917 de 2010.

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

[41]Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

[42] Sentencia C-279 de 2007.

[43]Sentencia SU-917 de 2010

[44]T- 204 de 2012

[45] Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

[46] (fl. 106)

[47] Cfr. Párrafos 3.4.1, 3.4.2 y 3.4.3.