

Sentencia T-804/05

INSUBSISTENCIA EN CARGO EN PROVISIONALIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-
Procedencia de tutela

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de carrera administrativa/DERECHO A LA
ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en
provisionalidad cuando no se ha hecho concurso

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por no motivación de acto de retiro del
servicio

Referencia: expediente T-1073534

Peticionario: Mónica Montalvo Mejía

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de dos mil cinco (2005).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados,
Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de
sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente :

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo
ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número cuatro
ordenó la selección del mencionado expediente por auto de 29 de abril de 2005.

I. Antecedentes

Mónica Montalvo Mejía representada por apoderado judicial instauró acción de tutela contra
la Fiscalía General de la Nación, para lograr el amparo de los derechos fundamentales que
como madre cabeza de familia le garantiza la Constitución Política. Al efecto, solicita que

mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

“1° Se ordene a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, entidad Infractora, suspender la acción vulneradora de los derechos fundamentales de mi representada, en su condición de mujer cabeza de familia.

2° Que como consecuencia de lo anterior, ordene a LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, se proteja con la permanencia y garantía laboral de un verdadero reten social a la accionante, hasta el momento en que desaparezcan las condiciones de inferioridad y desprotección que originan la presente acción, y/o hasta que sus menores hijos, adquieran la mayoría de edad, y/o hasta que se falle de manera definitiva la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que he instaurado.

3° Se ordene así mismo el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de cancelar a dicha accionante, desde la fecha de expedición del acto administrativo de su insubsistencia hasta cuando se haga efectivo el reintegro”.

Los hechos que sustentan sus peticiones son los siguientes:

La señora Mónica Montalvo Mejía ingresó a la Fiscalía General de la Nación el 1 de septiembre de 1993, en el cargo de Auxiliar Judicial I; con posterioridad fue ascendida a Secretaria I, y luego mediante concurso cerrado, al cargo de Asistente I, el cual desempeño hasta el momento de su desvinculación.

La demandante es mujer soltera cabeza de familia, madre de los menores Juan Carlos Henríquez Montalvo y Daniela Camila Escorcía Montalvo, los cuales dependen única y exclusivamente de su madre, quien solamente cuenta con sus ingresos laborales para sostener su núcleo familiar. Por ello, la Fiscalía General de la Nación al expedir la resolución de insubsistencia le ocasionó a la actora y a sus hijos un perjuicio irremediable, en tanto la puso en un estado de indefensión, vulnerando sus derechos fundamentales al trabajo, la dignidad humana, la seguridad social, y los derechos de los niños cuya prevalencia es reconocida por la Constitución Política.

Expresa el apoderado de la demandante que si bien ella cuenta con un medio de defensa judicial para obtener el reconocimiento de sus derechos, no se puede desconocer que un

proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no ofrece las garantías suficientes para evitar el perjuicio irremediable que el retiro del cargo implica, pues la decisión adoptada por el ente acusado conlleva una afectación en todos los aspectos de su vida, esto es, a nivel de educación, salud, vivienda, alimentación, dado el transcurso del tiempo que conllevan esa clase de procesos.

Trae a colación la demandante un accidente de trabajo que sufrió el 13 de noviembre de 2001 “el cual consistió en una caída de una silla plástica, que se esqualizó y la echó por tierra, cayendo de nalgas, de espalda. Este hecho le generó una incapacidad debido a fractura del cóccix, repercutiendo en su vida laboral, personal y hasta sexual”. Hecho que fue reportado a la A.R.P. COLMENA el 14 de noviembre del mismo año, entidad que asumió el riesgo con los tratamientos pertinentes, lo cual culminó con una calificación de enfermedad profesional y, respecto de la cual en la actualidad se está pendiente de calificación por pérdida de la capacidad laboral, tal como se prueba en el Oficio 11912 de agosto 12 de 2004.

El accidente de trabajo mencionado, generado por la mala calidad de los muebles que posee la Fiscalía General de la Nación, pone a la demandante en una situación de indefensión y desigualdad frente a otras mujeres, pues en esas condiciones le será más difícil acceder a un empleo.

Para fundamentar su solicitud, la actora cita el artículo 43 de la Carta Política, que consagra la especial protección que el Estado debe brindar a la mujer cabeza de familia, así como diferentes normas legales y jurisprudencia de esta Corporación, concretamente la sentencia de tutela T-1039 de 2003, la cual transcribe en algunos de sus apartes, de lo cual deduce que ni la Constitución ni la Ley 790 de 2002 establecieron una limitación precisa ni expresa en relación al tiempo que debe durar la protección a éste tipo de personas. Siendo ello así, se dejó abierta la posibilidad de protección laboral hasta el momento en que desaparezcan las condiciones que dan lugar a esa protección, tal como lo prevé el artículo 3° del Decreto 2062 de 2003.

En ese orden de ideas, aduce la demandante que riñe con la Constitución y carece soporte social, que el Fiscal General de la Nación como jefe de un organismo encargado de administrar justicia en un Estado Social de Derecho, desconozca flagrantemente la

protección que la Constitución y la ley otorgan a las madres cabeza de familia, declarando insubsistente a una persona que se encuentra en estado de desprotección.

II. Oposición a la acción de tutela

Magnolia Valencia González en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, se opone a las pretensiones de la demandante, en los términos que a continuación se exponen:

La demandante Mónica Elizabeth Montalvo Mejía fue nombrada en la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad, desempeñando como último cargo el de Asistente Judicial I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Santa Marta, del cual fue declarada insubsistente mediante la Resolución No. 0-4907 de 12 de octubre de 2004.

La vinculación de la actora al cargo que venía desempeñando al momento de su declaratoria de insubsistencia, se hizo mediante el nombramiento en provisionalidad, como quiera que se trata de un cargo de carrera al cual se debe acceder mediante un concurso de méritos. Así lo certificó la Jefe de Oficina de Personal mediante Oficio de 30 de septiembre de 2004, en el cual consta que la señora Montalvo Mejía no se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Escalafón y se encuentra en provisionalidad.

Dada la naturaleza de su nombramiento en provisionalidad, su situación se ajustaba al de libre nombramiento y remoción, sin que se pudiera predicar ningún fuero de estabilidad, razón por la cual el acto de insubsistencia no requería motivación alguna, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, para lo cual cita la sentencia de 13 de marzo de 2003, por medio de la cual se unificó la jurisprudencia de la Sección Segunda de esa Corporación, ante la posición encontrada que sobre ese punto tenían la Subsección A y B". El aparte transcrito de la sentencia en cuestión expresa lo siguiente:

"De otro lado, si de conformidad con los cánones legales aplicables a la carrera en la Rama Judicial, mientras se provee el empleo de carrera mediante concurso, dicho cargo se puede proveer con nombramiento en provisionalidad, esta circunstancia no implica que quien en esta forma ocupe el cargo quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, por que así no lo dispuso la ley. Y no es posible acudir a normas extrañas a la Rama Judicial para llegar a conclusiones en materia de la carrera propia de esta

jurisdicción.

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Selección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”.

En ese orden de ideas, la entidad accionada considera que teniendo en cuenta que la demandante no accedió al cargo mediante el sistema de un concurso de méritos, se encontraba vinculada al cargo en provisionalidad y, por ello, podía ser válidamente desvinculada mediante la declaración de insubsistencia, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador, en este caso, al Fiscal General de la Nación, en los términos del artículo 251, numeral 2, de la Constitución Política. Así las cosas, el acto administrativo fue expedido en forma directa por el Fiscal General de la Nación en uso de la facultad discrecional que le asiste por virtud de la Constitución y la ley. Siendo ello así, el acto administrativo en cuestión goza de la presunción de legalidad “que supone su expedición basada en razones inspiradas en el buen servicio, por lo tanto no requiere de motivación. Afirmación contraria constituiría un desconocimiento de la ley y de la jurisprudencia vigente sobre la materia”.

Aduce la entidad accionada que respecto de las afirmaciones de la actora en cuanto a su conducta laboral durante tiempo que estuvo vinculada a la entidad demandada, ello no interfiere con la facultad discrecional del nominador para proceder a declarar insubsistente a un servidor público en provisionalidad, que como tal tiene la condición de libre nombramiento y remoción. Así, después de citar jurisprudencia del Consejo de Estado, manifiesta que la declaratoria de insubsistencia es una medida “inspirada en razones de buen servicio - que es el fin primordial de la función pública- y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, que desde luego admite prueba en contrario, y por lo tanto, corresponde a quien cuestiona la legalidad del acto desvirtuar dicha presunción y probar ante la jurisdicción competente, que su expedición estuvo inspirada en razones ajenas al buen servicio, sin que sea razonable aceptar, como lo afirma la accionante, que debía estar motivada su insubsistencia, por cuanto tal acto administrativo, tal y como fue expedido, de ninguna manera impide a la accionante, acudir a dicha jurisdicción y solicitar en ella la suspensión de la resolución de insubsistencia, manteniendo así dicho acto administrativo incólume la

presunción de legalidad, la cual no puede ser desvirtuada mediante la acción de tutela, pues violaría la órbita de competencia atribuida por el legislador”.

Así las cosas, considera la accionada que teniendo en cuenta que la demandante por estar vinculada en provisionalidad, el Fiscal General por razones del buen servicio o de reorganización de la entidad, estaba facultada para dictar la resolución de insubsistencia, sin necesidad de entrar a motivar dicho acto, razón por la cual no es dable afirmar que a la actora se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso. Por otra parte, a juicio de la entidad demandada, la señora Montalvo Mejía cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para lograr el restablecimiento de sus derechos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual la acción de tutela interpuesta resulta improcedente. Significa ello, que la solicitud de reintegro solicitada, es aspecto que corresponde decidir a la jurisdicción correspondiente, sin que le sea dable al juez constitucional invadir la órbita jurisdiccional a la cual pertenece el asunto en cuestión, porque la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de carácter subsidiario y residual y no como un medio alternativo o sustitutivo de protección paralelo a las acciones judiciales. Ahora, para que procediera la tutela como mecanismo transitorio sería indispensable que se estructuraran los elementos que la ley y la jurisprudencia constitucional han establecido para el efecto, esto es, gravedad, urgencia, inminencia e imposterabilidad, a fin de evitar un perjuicio irremediable, los cuales no se configuran en el presente caso, pues la accionante en el proceso correspondiente, en el evento de un fallo a su favor, recibiría todos los sueldos y demás derechos laborales dejados de percibir, además de que sería incorporada al servicio.

En relación con la presunta vulneración de los derechos a la educación, salud y seguridad de sus menores hijos, la entidad accionada manifiesta que el derecho a la educación es un servicio público a cargo del Estado, independientemente de la capacidad de pago que tengan los padres o acudientes, para lo cual cita apartes de la sentencia T-675 de 2002 proferida por esta Corporación. En igual sentido, respecto del derecho a la salud y a la seguridad social de la accionante como de su grupo familiar, expresa que éstos se mantienen con independencia de su retiro del servicio. Adicionalmente, aduce que el derecho a la salud tal como lo ha sostenido esta Corte, solamente reviste el carácter de fundamental cuando se encuentre en conexión con la vida y éste a su vez esté expuesto a un riesgo inminente, circunstancia que no se evidencia en el asunto sub examine. En cuanto a la seguridad social se refiere, luego

de citar jurisprudencia al respecto, expresa que en el presente asunto no se dan los requisitos para que se configure una violación al derecho a la seguridad social, por cuanto de la situación fáctica planteada por la actora no se desprende un nexo causal con un derecho fundamental. Por otra parte, se refiere a los subsistemas que contempla la Ley 100 de 1993 para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para deducir que por el hecho de que la accionante no se encuentre vinculada laboralmente, no impide su acceso y el de su núcleo familiar a los servicios de salud del régimen subsidiado.

Considera también la Fiscalía General de la Nación que el derecho al mínimo vital de la accionante no se encuentra afectado, toda vez que ella cuenta con sus cesantías, las cuales le permiten contar con unos recursos para subsistir mientras soluciona su problema laboral y, añade que aunque la actora manifiesta que ella tiene toda la carga económica de la crianza de sus hijos, lo cierto es que se trata de una responsabilidad compartida con los padres de los respectivos padres, a quienes les corresponde proveer las cuotas alimentarias, y en caso de que se nieguen a hacerlo, la señora Montalvo Mejía cuenta con las acciones legales pertinentes.

Expresa la entidad accionada que en cuanto a la posible enfermedad profesional o accidente de trabajo a la que se refiere la actora, si el origen de la enfermedad sufrida es catalogado como de trabajo, es a la administradora de riesgos profesionales a quien corresponde el pago de las prestaciones pertinentes, así en ese momento se encuentre desvinculada de la entidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 776 de 2002. Así mismo, si considera que debe ser indemnizada por los perjuicios generados con ocasión de una enfermedad o accidente profesional, debe acudir ante la junta regional de calificación de invalidez, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2463 de 2001. Siendo ello así, el hecho de que haya sido retirada del servicio no impide que las prestaciones derivadas de una enfermedad o accidente de trabajo de origen profesional sean atendidas por la A.R.P. a la cual estuvo vinculada.

Finalmente, respecto de los derechos que como mujer cabeza de familia reclama la demandante, la entidad accionada manifiesta que las Leyes 82 de 1993, 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, no son disposiciones que contemplen derechos fundamentales, y por ello no pueden ser objeto de amparo constitucional mediante la acción de tutela. Además, arguye que la Ley 790 de 2002 y su Decreto Reglamentario 190 de 2003, son normas de

aplicación a la Rama Ejecutiva y no a la Rama Judicial de la que hace parte la Fiscalía General. Así, la desvinculación de la accionante no obedece a ningún programa de renovación de la administración pública, sino que se dio en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al Fiscal General de la Nación.

III. Decisiones judiciales que se revisan

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta concedió el amparo constitucional solicitado, para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Si bien como la misma accionante reconoce, existe un mecanismo de defensa judicial para controvertir el despido que de entrada tornaría la acción de tutela improcedente, las circunstancias fácticas planteadas por la actora la sitúan a las puertas de padecer un perjuicio irremediable, al no tenerse en cuenta que se trata de una mujer cabeza de familia y que sufrió un accidente de trabajo, estando pendiente la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

El artículo 43 de la Constitución Política al referirse a la igualdad, dispone a su vez la especial protección que el Estado debe brindar a la mujer cabeza de familia, con lo cual el Constituyente reconoce el rol que desempeñan las mujeres en la actualidad, quienes además de su tradicional tarea en el hogar, son proveedoras de los recursos económicos para mantenerlo, ante la ausencia total o parcial de la figura masculina “por lo que no pueden limitarse a las tareas domésticas y a la maternidad, sino que además, para lograr el bienestar de sus hijos o de otras personas que estén bajo su cuidado incapacitadas para trabajar, se ven precisadas a incorporarse al mercado laboral”.

Así las cosas, en desarrollo de ese mandato constitucional el legislador ha expedido una serie de disposiciones, como la Ley 82 de 1993 y la Ley 790 de 2002, encaminadas a apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, lo cual a su vez tiene proyección hacía las personas que de ella dependen, como sus hijos o personas incapacitadas, de suerte que no se trata de conceder privilegios o prerrogativas al género femenino, sino dadas las particulares circunstancias en que se pueden encontrar, apoyo éste que al estar consagrado en el ordenamiento superior debe ser aplicado por la integridad de las autoridades públicas.

En el asunto que se examina, aduce el juez constitucional que de conformidad con el material probatorio que obra en el proceso, la actora tiene a su cargo a sus dos menores hijos, y que si bien el padre de uno de los menores cumple con parte de su obligación ello no es incompatible con la condición de mujer cabeza de familia, pues eso no significa ausencia total de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, sino que esa ayuda sea deficiente.

Adicionalmente, aduce que en el proceso se encuentra acreditada la deuda hipotecaria que la accionante tiene con el Banco Granahorrar, con una cuota vencida según certificó el jefe de crédito de la unidad de Santa Marta, la cual corresponde a la casa que habita con sus hijos, lo que refuerza el hecho de que tiene a su cargo a su familia, pues es la encargada de proveer el techo de sus hijos, como quiera que esa acreencia no se encuentra en cabeza de ninguno de los padres de los menores.

Rebate los argumentos expuestos por la Fiscalía General de la Nación, cuando sostiene que las disposiciones legales que desarrollan la norma constitucional no contienen prerrogativas fundamentales, y por lo tanto no son de aplicación al caso de la actora, pues no se puede desconocer el mandato directo de la Carta Política que busca la protección de las mujeres cabeza de familia y, agrega que “lo anterior no significa una intromisión en el ámbito de competencias de la entidad tutelada, sino que pone de manifiesto la necesidad de tener en cuenta la protección que merecen determinadas personas dadas sus condiciones especiales”.

Siendo entonces la demandante la principal abastecedora de los recursos económicos de su núcleo familiar, y al provenir estos exclusivamente del salario que recibía en el ente accionado, fuerza concluir que al faltarle el mismo su economía doméstica se ve alterada, pues ya no podrá cumplir con sus obligaciones de toda índole, con lo cual se vulnera su mínimo vital.

En relación con el argumento esbozado por la Fiscalía General, en relación con la posibilidad que tiene la demandante de acudir a las instancias judiciales para obtener de los padres de los menores el cumplimiento de sus obligaciones, el Tribunal Superior considera que si bien ello es cierto, no puede convertirse en un criterio de exclusión sobre la violación de los derechos de la actora como madre cabeza de familia, pues la carga económica de la señora

Montalvo Mejía no se limita a los alimentos de sus hijos, sino que se extiende a sufragar el pago de la cuota hipotecaria del inmueble donde tiene establecido su hogar. Tampoco se puede desconocer el accidente laboral sufrido por la demandante, porque ello compromete su salud lo cual involucra un elemento de debilidad al momento de aspirar a otro empleo.

De todo ello concluye que al confrontar la realidad fáctica con los elementos configurativos del perjuicio irremediable “se aparejan perfectamente, dada la inminencia de las graves falencias que tendría que enfrentar con sus menores hijos, que requiere con sumo apremio la toma de prevenciones para evitarlo, haciendo de ésta manera procedente la tutela como mecanismo transitorio, en virtud de la particularidad del caso que ocupa la atención de la Sala”.

Después de referirse a varias acciones de tutela en las que esta Corporación en casos similares ha concedido el amparo constitucional solicitado, considera que la tutela es procedente, precisando que tal como lo indicó la entidad accionada la actora puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que declaró su insubsistencia del cargo de conformidad con lo previsto por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no obstante, siendo la tutela un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas “en este contexto se han sopesado sus circunstancias personales, lo que no será posible dentro de aquél que atiende más a un criterio objetivo, con razonamientos de tipo legal, por lo que nada impide al juez constitucional tomar en este caso la decisión que considera conveniente”. En ese orden de ideas, el juez constitucional de primera instancia tutela los derechos invocados por la demandante, y ordena su reincorporación al cargo que ocupaba dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia.

Impugnación

La Fiscalía General de la Nación impugnó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil-Familia, solicitando tener en cuenta los argumentos esbozados por esa entidad al momento de oponerse a la acción de tutela, y los que a continuación se resumen:

Por encontrarse la actora vinculada al cargo en provisionalidad, el Fiscal General de la Nación se encuentra facultado constitucional y legalmente para ejercer su facultad discrecional de desvincularla mediante acto administrativo sin necesidad de motivarlo, cita los artículos 251 de la Carta Política y el artículo 17 del Decreto 261 de 2000, así como jurisprudencia de la

Corte Constitucional (T-1011 de 2003), y del Consejo de Estado (Expediente 0424 de 2002).

La demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial en el cual puede incluso solicitar la suspensión provisional del acto administrativo de declaración de insubsistencia. La acción de tutela, en ese caso sólo procedería ante la existencia de un perjuicio irremediable que en el presente caso no se dan por no configurarse los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad. Si bien la señora Montalvo Mejía es madre cabeza de familia, no por ello su declaratoria de insubsistencia la ha puesto ante un perjuicio irremediable, para fundamentar su afirmación cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicada bajo el número 131333.

Luego de referirse a los razonamientos que expuso en la oposición a la acción de tutela, en relación con la inaplicación de las Leyes 82 de 1993 y 790 de 2002, así como la no vulneración de los derechos a la salud ni a la educación, ni la afectación del mínimo vital por contar con sus cesantías y con el apoyo parcial de uno de los padres de sus hijos, considera la Fiscalía General de la Nación que no es posible que por vía de la acción de tutela se ordene el reintegro de una persona nombrada en provisionalidad que es declarada insubsistente “atendiendo a circunstancias que harían procedente en todos los casos la protección así invocada, como es el hecho que deba cambiarse de actividad productiva una vez se produzca el retiro de la entidad, sin que sólo por esto pueda decirse que existe vulneración de los derechos fundamentales de la accionante”.

La insubsistencia por sí misma no tiene la vocación de transgredir derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo constitucional y legal otorgado al Fiscal General de la Nación para retirar del servicio servidores públicos nombrados en provisionalidad. Analizada la situación de la demandante nada impide que se pueda vincular a otro empleo o realizar cualquier otra actividad económica a fin de proveerse lo necesario para mantener su núcleo familiar. No acepta el argumento expuesto por el Tribunal, según su parecer de manera apresurada, en el sentido de que el accidente de trabajo pone a la actora en circunstancias de debilidad, pues, en primer lugar no existe calificación de la pérdida de capacidad laboral, y en segundo lugar, es la Administradora de Riesgos Profesionales quien por ministerio de la ley debe pagar las prestaciones correspondientes, y si lo pretendido es una indemnización, debe acudir a la junta regional de calificación de invalidez como lo establece la ley. Solicita

en consecuencia, la revocatoria del fallo de tutela proferido por el Tribunal de Santa Marta.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, revocó el fallo impugnado y, en consecuencia negó el amparo constitucional solicitado por la señora Mónica Montalvo Mejía, por considerar que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad del acto de la administración que la declaró insubsistente, con la posibilidad de obtener el restablecimiento de sus derechos laborales, con mayor razón, si se tiene en cuenta que en el proceso puede solicitar la suspensión provisional de esa decisión para quitarle los efectos vinculantes que en la actualidad ostenta.

Conceder la tutela impetrada es admitir la usurpación de competencia del juez constitucional en asuntos cuyo conocimiento corresponde a otra jurisdicción, desconociendo que esa acción fue instituida como mecanismo supletorio ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial. No tiene cabida la simple suposición del Tribunal de que la medida cautela no tendría acogida por el juez de conocimiento pues, por el contrario “sólo previa demostración de la ocurrencia de tal negativo, sería dable estudiar la eventual posibilidad de otorgar la protección extraordinaria constitucional”.

Destaca que el acto administrativo goza de la presunción de legalidad, y el que se cuestiona no se ve prima facie arbitrario, razón por la cual puede ser impugnado mediante la acción contenciosa administrativa por ser el medio idóneo de defensa establecido a favor de la accionante. Siendo ello así, se configura la causal de improcedencia prevista en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución, en concordancia con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, expresa que no se encuentra demostrada la afectación del mínimo vital de la actora, pues como lo ha sostenido la entidad accionada cuenta con el auxilio de cesantías, la ayuda de su progenitor así como con la de uno de los padres de sus hijos, a quienes también puede demandar por alimentos. Adicionalmente, como lo declaró la señora Zulibeth González en el curso del proceso, la actora “tiene capacidad y destreza para adelantar actividad productiva independiente, consistente en la confección y venta de cojines navideños”.

IV. Consideraciones de la Corte Constitucional

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema jurídico

Se plantea en esta oportunidad asuntos que han sido objeto de varios pronunciamientos en esta Corporación. En primer lugar, se precisa establecer las consecuencias derivadas de la declaratoria de insubsistencia de servidores públicos vinculados a la entidad pública en situación de provisionalidad en cargos de carrera sin motivación del acto administrativo que así lo disponga; en segundo lugar, corresponde establecer si la circunstancia de ser mujer cabeza de familia impone al Estado proceder con especial atención, dada la protección constitucional que se consagra el artículo 43 a la mujer cabeza de familia.

Previamente a resolver los problemas jurídicos que se plantean en la acción de tutela sub examine, es indispensable referirse a la procedencia de dicha acción, para lo cual se reiterará la doctrina constitucional sentada por la Corte en asuntos que guardan gran similitud como el que ahora se examina.

3. Procedencia de la acción de tutela cuando se trata de controvertir actos administrativos.

Uno de los argumentos expuestos por la Fiscalía General de la Nación para oponerse a las pretensiones de la señora Mónica Montalvo Mejía, fue precisamente la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el curso del cual la actora incluso cuenta con la posibilidad que le brinda el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para solicitar la suspensión del acto administrativo que considera lesivo de sus derechos.

Ello indiscutiblemente es así. Recuérdese que el artículo 86 de la Constitución Política consagra la procedencia de la acción de tutela solo cuando el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial salvo que sea utilizada como un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Concordante con la disposición constitucional, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6, reitera dicha preceptiva y dispone que la existencia de esos medios será apreciada en concreto en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se

encuentre el solicitante.

Tratándose de la impugnación de la legalidad de los actos administrativos que conllevan la declaratoria de insubsistencia de un servidor público, reiteradamente la doctrina constitucional ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo apropiado, pues el ordenamiento jurídico ha establecido un procedimiento al cual se puede acudir a fin de solicitar el reintegro al cargo, cuando se considera que el acto administrativo en cuestión es contrario al ordenamiento legal, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual resulta absolutamente idóneo si se tiene en cuenta que por ministerio de la ley (art. 152 C.C.A.), es posible solicitar la suspensión provisional del acto administrativo¹.

Con todo, la excepción a dicha regla se presenta cuando surge la posibilidad del amparo constitucional como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual es al juez constitucional a quien corresponde valorar la procedencia excepcional de dicho medio, atendiendo para ello las particulares circunstancias en que se encuentra la persona que acude en busca de dicha protección constitucional, sustentado en el análisis probatorio que obre en el proceso hasta tanto la jurisdicción contenciosa se pronuncie en forma definitiva.

Teniendo en cuenta entonces que la demandante Mónica Montalvo Mejía, cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de obtener el reintegro al cargo que desempeñaba en la Fiscalía General de la Nación, se impone proceder al análisis de las particulares circunstancias en que se encuentra la actora, a fin de determinar si dichas circunstancias pueden generar un perjuicio irremediable para ella y sus menores hijos.

De los hechos narrados en la demanda se constata que la señora Mónica Montalvo demostró ser madre cabeza de familia, responsable de sus dos menores hijos de 11 y 4 años, ser deudora de un crédito de vivienda, y solamente contar con sus ingresos laborales como sustento suyo y de su núcleo familiar². Así las cosas, la ausencia de su remuneración laboral puede ocasionar a la accionante un perjuicio irremediable grave e inminente que impone medidas de carácter urgente e impostergable, razón por la cual la acción de tutela en el caso que se examina procede como mecanismo transitorio³.

4. La discrecionalidad del nominador para retirar del servicio a los servidores públicos que

desempeñan funciones en carácter de provisionalidad en cargos de carrera administrativa, no es tan amplia como la que tiene cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción. Reiteración de jurisprudencia.

Otro de los argumentos expuestos por la Fiscalía General de la Nación para defender su actuación de desvinculación del cargo de la señora Mónica mediante un acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, fue que la actora desempeñaba un cargo de carrera [Asistente Judicial I], pero no ingresó a él por el sistema de concurso de méritos, sino que su vinculación fue en provisionalidad y, en consecuencia no se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Escalafón. Así las cosas, dado el carácter de nombramiento en provisionalidad que ostentaba la demandante, su situación era de libre nombramiento y remoción y, en tal virtud, el Fiscal General de la Nación en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales podía proferir la resolución de insubsistencia que se controvierte, sin motivación alguna.

Encuentra la Sala de Revisión que a pesar de las múltiples sentencias que ha proferido esta Corporación, sobre la motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y su relativa estabilidad laboral, la entidad accionada persiste en tesis que han sido revaluadas frente a la protección de los derechos fundamentales que pueden resultar vulnerados en casos como el que se analiza.

Ha sido la Corte Constitucional suficientemente clara en explicar que cuando se trata de desvinculación de empleados o funcionarios vinculados a las entidades del Estado en cargos de carrera, pero en situación de provisionalidad, el acto administrativo correspondiente debe ser motivado con la finalidad de permitir al servidor público la contradicción del mismo y en ese sentido garantizarle el derecho al debido proceso.

En la sentencia T-951 de 2004 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de esta Corporación, realizó un recuento de la línea jurisprudencial que en torno al asunto en cuestión ha sostenido la Corte. Como dicha línea jurisprudencial ha sido reiterada en las acciones de tutela en las que se examinan asuntos similares al que ahora se analiza por esta Sala de Revisión, se procederá a citarla y reiterar dicha posición. Dijo en esa oportunidad la Corte:

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

Sobre este particular la Corte dijo:

Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. (Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

En la misma providencia, la Corte hizo una aseveración de carácter general que vincula la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación con el requerimiento de protección del interés público. Ciertamente, la Corte aseguró que interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad, previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

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

Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador. (Sentencia SU-250 de 1998)

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

De manera enfática, la Sala determinó que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.⁴”.

La conclusión práctica de esta consideración general es que el acto administrativo de desvinculación de un funcionario que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe justificar la justa causa por la cual se lo separa del mismo, pues los motivos de protección del interés público que pueden aducirse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos.

En la Sentencia C-734 de 2000 la Sala Plena de la Corte acogió las consideraciones vertidas en la SU-250 de 1998 a propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del

Decreto 2400 de 19685. Allí advirtió nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe.

Al conceder la acción de tutela, la Corte resaltó que la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable. Sobre este particular la Corte aseguró:

“Pues bien. Para esta Sala de Revisión esa jurisprudencia que el Consejo de Estado tiene sentada sobre la materia, resulta a todas luces válida cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y luego de un amplio debate probatorio, se habrá de determinar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad.

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho

fundamental y, es en ese sentido y propósito que deben entenderse las afirmaciones de la Corte Constitucional consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998". (Sentencia T-884 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas)

Con posterioridad, en la Sentencia T-610 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de tutelas de la Corte concedió la protección constitucional a la empleada del Hospital departamental de Nariño, quien había sido desvinculada de un cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. La Corte determinó que "la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado"⁶.

En el contexto anterior, la Corte reiteró la posición según la cual los actos de remoción de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación -dado el carácter personalísimo del cargo-, pero que los de carrera sí lo requieren, incluso cuando están siendo ocupados por funcionarios en interinidad o provisionalidad. La Corte dijo al respecto:

Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.

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

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

expresó sobre el particular:

Sin embargo, como quedó establecido, el cargo que venía ocupando provisionalmente la señora Gómez Figueredo era un cargo de carrera y no uno de libre nombramiento y remoción como lo sostiene la entidad demandada. En virtud de lo expuesto a lo largo de esta providencia, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. De hecho, la Administración sólo podría desvincularla por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio.

Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión⁷, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa. (Sentencia T-752 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas)

Nuevamente, en Sentencia T-1011 de 2003, la Sala Séptima de Revisión de tutelas estudió el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que, aunque reconocía estar ocupando un cargo en provisionalidad, alegaba que el mismo era de carrera y que, por ello, gozaba de cierta estabilidad que consistía en que su desvinculación no podía ser decretada sin motivación alguna. Aunque la tutela fue denegada en aquella oportunidad porque el demandante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte reconoció que “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen”⁸.

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

Así, el nominador deberá tener en cuenta las condiciones de vida del funcionario que será removido, en particular cuando no será reemplazado por quien ha ganado el concurso, sino por otro empleado en provisionalidad, ya que, eventualmente, se podrá causar agravio a los derechos fundamentales de la persona desvinculada, por ejemplo cuando se trata de madres cabeza de familia carentes de otra fuente de ingresos que no sea su salario, como también de madres solteras de las cuales depende el sustento económico de hijos menores de edad, más aún cuando no disponen de vivienda propia y con su salario pagan el canon del arrendamiento correspondiente. (Sentencia T-1011 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

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

Al reiterar la jurisprudencia pertinente, la Corte estableció que “en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos”⁹.¹⁰

Ahora bien, con posterioridad a la sentencia de tutela citada, la Corte ha proferido al menos ocho sentencias de tutela más en las que las distintas Salas de Revisión han reiterado la obligatoriedad de las entidades públicas de motivar los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que desempeñan cargos de carrera en situación de provisionalidad¹¹. Siendo ello así, en este caso procede dar aplicación a la jurisprudencia constitucional sobre la obligatoriedad de motivar los actos administrativos de desvinculación

de servidores públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, por cuanto, en esta oportunidad se presentan los mismos supuestos fácticos que han dado lugar a dicha línea jurisprudencial, como pasa a exponerse.

5. El caso concreto

En el asunto sub examine se evidencia claramente que la desvinculación de la accionante mediante la declaratoria de insubsistencia, vulneró su derecho al debido proceso. En efecto, se observa que la señora Mónica Montalvo Mejía fue vinculada a la Fiscalía General de la Nación desde el 1° de septiembre de 1993, fecha desde la cual prestó sus servicios en diferentes cargos hasta el 12 octubre de 2004¹², fecha en la cual fue proferida la Resolución No. 0-4907, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora del cargo de Asistente Judicial I, acto administrativo que carece por completo de motivación, pues la resolución en cuestión se limita a expresar que el Fiscal General de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución, resuelve declarar insubsistente el nombramiento de la demandante, y a indicar la fecha de su vigencia.

Del material probatorio que obra en el proceso no encuentra la Sala de Revisión ningún elemento de juicio que permita deducir que la causa que motivó la desvinculación de la accionante obedeciera a la convocatoria de un concurso de méritos, o a razones de índole disciplinario, o por motivos del buen servicio, que son los motivos que para su desvinculación pueden ser aducidos para el retiro del servicio de servidores públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, según la jurisprudencia consolidada de la Corte sobre dicho tópico, como se vio.

Por el contrario, encuentra la Corte que desde el momento de la vinculación de la actora a la entidad demandada fue promovida a distintos cargos, al último de los cuales [Asistente Judicial I], accedió mediante concurso cerrado, según relata en los hechos de la demanda de tutela, aspecto que no fue negado por la entidad accionada. Adicionalmente, obran en el proceso constancias de felicitaciones a la actora por el buen desempeño laboral en el ejercicio de sus funciones¹³.

En ese contexto, la falta de motivación del acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente a la actora, vulnera su derecho al debido proceso y su derecho de defensa al no

permitírsele conocer las razones que tuvo la Administración para proferir dicho acto, y negar con ello de plano la posibilidad de controvertirlas. Aunado a lo anterior, el derecho al mínimo vital de la señora Mónica Montalvo Mejía y de sus dos menores hijos, así como la protección especial a las madres cabeza de familia que consagra el artículo 43 de la Constitución, también resultan vulnerados por la decisión de la Fiscalía General de la Nación.

Como se vio, su condición de mujer cabeza de familia se encuentra acreditada en el expediente con las declaraciones rendidas por Wilmer Deavila Carval y Zullibeth González Cuellar, quienes coincidieron en afirmar que en la actualidad la demandante vive sola con sus hijos. Por el hecho de que eventualmente uno de los padres de los menores le contribuya económicamente, sin que se haya precisado la cuantía, así como sus progenitores, no por ello se puede desconocer que la gran parte de la obligación económica de sus hijos recae sobre la madre. Adicionalmente, la demandante es quien provee el techo para sus hijos, prueba de ello es la deuda hipotecaria que tiene con el Banco Granahorrar, con una cuota vencida según lo certificó el Jefe de Crédito y Cartera de esa entidad, Seccional Santa Marta.

Ahora, aduce la Fiscalía General para oponerse a la acción de tutela, que la demandante cuenta con los mecanismos legales a su alcance para compeler a los padres de sus menores hijos al cumplimiento de sus obligaciones, razón por la cual la actora no puede aducir violación del mínimo vital. Al respecto, si bien resulta cierta dicha afirmación, resulta preciso recordar en esta providencia que el mínimo vital de una persona es de carácter individual y no colectivo. En efecto, en sentencia T-148 de 200214 se sostuvo lo siguiente:

“Ante todo es de anotar que el derecho fundamental al mínimo vital es un derecho fundamental individual y no colectivo. Ello es así por que el ejercicio y goce del mencionado derecho, en particular del aseguramiento de los recursos necesarios para una existencia digna, es individual. La persona humana, en sí misma considerada, requiere de los recursos materiales mínimos para asegurar su subsistencia. Siendo el ejercicio del derecho caracterización de este derecho como uno colectivo, cuya titularidad estaría en cabeza de la familia, es errónea. Si bien el mínimo vital de una persona depende de si tiene personas a su cargo o no, lo cierto es que el alcance del mínimo vital - esto es si cubre también las necesidades de la familia- no debe confundirse con el carácter individual o colectivo del derecho mismo”.

Todo lo anterior lleva a concluir que Mónica Montalvo es una mujer cabeza de familia que merece la especial protección por parte del Estado, circunstancia que no fue tenida en cuenta por la entidad accionada al momento de proceder a su declaratoria de insubsistencia, así como tampoco tuvo en cuenta la particular situación de salud que la aqueja debido a un accidente de trabajo que padeció el 13 de noviembre de 2001, hecho que le generó una incapacidad por fractura del coxis, quedando pendiente la calificación por pérdida de la capacidad laboral por parte de la A.R.S. COLMENA, razones de más para conceder la tutela transitoria mientras la jurisdicción contenciosa se pronuncia en forma definitiva, ante la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que según el apoderado de la demandante ya fue interpuesta.

Con todo, debido a que la Fiscalía General expone que no procede la protección especial que como mujer cabeza de familia le corresponde a la actora por parte del Estado, como quiera que la Ley 82 de 1993 y la Ley 790 de 2002, no consagran derechos fundamentales y por lo tanto no pueden ser objeto de protección en sede de tutela, cabe precisar que la protección aludida no deriva de una ley, sino que es un mandato directo de la Constitución Política que en su artículo 43 dispone que "(...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia", cosa distinta es que en desarrollo de ese mandato constitucional el legislador expida disposiciones tendientes a consagrar ciertos beneficios a favor de la mujer cabeza de familia. Precisamente para ello fue expedida la Ley 82 de 1993, que en su artículo 2 define el concepto de mujer cabeza de familia en los siguientes términos:

"Para los efectos de la presente ley, entiéndese por 'Mujer Cabeza de Familia', quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar".

En esa misma línea de pensamiento, el legislador dentro del programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, expidió la Ley 790 de 2002, la cual frente a las medidas de desvinculación de personal, consagró en el artículo 12 que "no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las

personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la misma ley". (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien la demandante alude a su condición de mujer cabeza de familia, a fin de procurar la protección constitucional que solicita, dado el perjuicio inminente al que se encuentra expuesta a causa de la falta de su salario, el cual constituye en este caso el único sustento que le permite atender los gastos de sus menores hijos, circunstancia que como se dijo no fue tomada en cuenta por la Fiscalía General de la Nación al momento de proceder a declararla insubsistente, debiendo haberlo tenido presente, pues, como lo ha señalado la Corte, cuando una de las partes de la relación laboral es un sujeto especialmente protegido por la Carta Política dada su condición de mujer cabeza de familia, niños o discapacitados, el principio de estabilidad laboral que se consagra en el artículo 53 del Ordenamiento Superior adquiere mayor relevancia, siempre y cuando no exista causal de justificación legal que haga procedente el despido¹⁵.

De las consideraciones expuestas en esta sentencia, se deduce con absoluta claridad que la acción de tutela interpuesta por la actora resulta procedente, porque: i) el acto administrativo que declaró insubsistente a la señora Mónica Montalvo Mejía no fue motivado, desconociendo por completo de esa manera la jurisprudencia constitucional, según la cual la desvinculación de los servidores públicos vinculados al Estado en provisionalidad en cargos de carrera debe ser motivada, violando con ello el derecho fundamental de la actora al debido proceso; ii) se desconoció la condición de mujer cabeza de familia de la accionante; y, iii) el mínimo vital de la accionante se encuentra afectado por el rompimiento del vínculo laboral del cual derivaba exclusivamente su sustento.

Siendo ello así, en reiteración de lo expresado en múltiples oportunidades por esta Corte, la Sala de Selección concederá de manera transitoria el amparo constitucional solicitado y, en consecuencia, ordenará a la Fiscalía General de la Nación que en el término de cuarenta y ocho horas motive el acto administrativo de desvinculación de la actora exponiendo las razones que de conformidad con los criterios fijados al respecto por la jurisprudencia constitucional dieron lugar a ello si las hubiere. En caso de no existir motivos suficientes y pertinentes con la normatividad aplicable, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar

a la señora Mónica Montalvo Mejía al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a otro equivalente en el evento que ese estuviere siendo ejercido por otra persona.

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

RESUELVE:

Segundo: DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 0-4907 de 12 de octubre de 2004, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de Mónica Montalvo Mejía del cargo de Asistente Judicial I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Santa Marta.

Tercero: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, procede a motivar el acto de la declaratoria de insubsistencia de la señora Mónica Montalvo Mejía, del cargo que venía desempeñando en esa entidad.

En caso de no existir motivos suficientes y pertinentes con la normatividad aplicable, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar a la señora Mónica Montalvo Mejía al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a otro equivalente en el evento que ese estuviere siendo ejercido por otra persona.

Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto, la Corte en la sentencia T-343 de 2001 expresó que: “la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc.) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”.

2 Obran en el expediente las declaraciones juramentadas de Wilmer Deavila Carval y Zullibeth González Cuellar, quienes coinciden en afirmar que la demandante es madre cabeza de hogar y tiene a cargo a sus dos menores hijos. Aparecen también en el expediente, copias de los registros civiles de Juan Carlos Henríquez Montalvo y Daniela Camila Escorcía Montalvo. Certificaciones del Colegio Liceo Versalles de la ciudad de Santa Marta, en las cuales se deja constancia de la matrícula de los dos menores. También aparece certificación del Banco Comercial Granahorrar S.A., en la cual se constata la deuda hipotecaria de la señora Mónica Montalvo Mejía con esa entidad financiera, en la cual registra un saldo total de deuda a 22 de octubre de 2004 de \$16.201.678.94, y un valor de mora por la suma de \$368.917.86, correspondiente a una cuota vencida.

3 La Corte Constitucional en casos que guardan similitud con el presente asunto, ha considerado procedente la acción de tutela en tratándose de madres cabeza de familia que han sido desvinculadas del cargo mediante la declaratoria de insubsistencia, ante la posibilidad de la existencia de un perjuicio irremediable. Al respecto se pueden consultar entre otras, las sentencia T-597 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-951 de 2004

(MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-085 y T-123 de 2005 (MP Alvaro Tafur Galvis).

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

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

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

7 Ver folio 8 del cuaderno 2 del expediente.

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

9 Sentencia T-597 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

10 T-951 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

11 Cfr T-648/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la acción de tutela instaurada por Miriam Martínez Palomino contra la Fiscalía General de la Nación..

T-1206/04 M.P. Jaime Araujo Rentería, en la acción de tutela instaurada por Pablo Andrés Segura Quiñones contra la Fiscalía General de la Nación.

T-1240/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la acción de tutela instaurada por Luz Milady contra la Alcaldía Municipal de Riosucio (Caldas).

T-161/05 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, tutela interpuesta por Carlos Iván Mejía Abello contra la Fiscalía General de la Nación.

T-222/05 M.P. Clara Inés Vargas, tutela instaurada por Antonio José Pérez Janica contra la Fiscalía General de la Nación.

T-392/05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la acción de tutela instaurada por Justo Armando Porras Ahumada contra la Fiscalía General de la Nación.

T-267/05 M.P. Jaime Araújo Rentería, tutela instaurada por Blanca Inés Castro Silgado contra el Fiscal General de la Nación.

T-123/05 M.P. Alvaro Tafur Galvis, tutela interpuesta por María Diana Montealegre Perdomo y otras contra la Contraloría Departamental del Magdalena.

12 Folio 11

13 A folio 31 aparece el Oficio No. 1403 de 7 de diciembre de 1993, dirigido a la señora Mónica Montalvo Mejía, suscrito por el Director de la Dirección Seccional Cuerpo Técnico de Investigación de Santa Marta, en el cual se lee lo siguiente: “Con ocasión a la reciente labor desplegada en el programa ‘Proyecto Futuro de Colombia’ que culminó con una plenaria en el auditorio de CAJAMAG el día 2 de noviembre del presente año, me permito felicitarlo por su dedicación, empeño y atributos personales, demostrados durante lo largo de la jornada, personas como Usted son imprescindibles en toda organización, esperamos que estos atributos continúen, ya que siempre hemos esperado lo mejor de Usted”.

Posteriormente, mediante Oficio 104 de agosto de 2001, el Director Seccional de la Fiscalía de Santa Marta, se dirige a la demandante en los siguientes términos: “Me agrada felicitarla por que fue postulada para la elección del servidor del mes de Julio.

El cabal cumplimiento de su deber, la ha destacado como la servidora del mes de la Sección de Investigaciones. Sea la ocasión para invitarla a continuar laborando con el mismo compromiso y dedicación”. (Fl. 32).

14 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

15 Cfr. T-081/05