

Sentencia T-884/02

DERECHO DE PERMANENCIA EN UN CARGO-No es un derecho fundamental/DERECHO DE PERMANENCIA EN UN CARGO-Procedencia excepcional de tutela

ADMINISTRACION PUBLICA-Creación, modificación y supresión de cargos

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

Referencia: expediente T-613367. Acción de tutela interpuesta por Clara Aurora Maya Gómez contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil dos (2002).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA dicta la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de instancia adoptados por el Juzgado Primero Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Magdalena, en virtud de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

CLARA AURORA MAYA GÓMEZ impetró demanda de tutela, como mecanismo transitorio, con el fin de que se revoque, o se deje sin efecto alguno, la Resolución No. 0180, de 4 de febrero de 2002, mediante la cual el Fiscal General de la Nación, doctor CAMILO OSORIO ISAZA, resolvió declarar insubsistente su nombramiento del cargo de Profesional Universitario Grado I, de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Santa Marta y, en consecuencia, se ordene su reintegro a dicho cargo mientras se convoca el concurso de méritos para

proveerlo, protegiéndole de ese modo sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, así como los derechos a la salud, educación y vivienda digna de sus dos menores hijos.

Según lo afirmó la accionante en la demanda, desde el mes de noviembre de 1991 ocupaba el cargo de Escribiente Grado 5 en el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Riohacha, Guajira, en propiedad, y fue vinculada a la Fiscalía General de la Nación desde el 26 de junio de 1992, en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 04. Mediante Resolución 0072 de 17 de enero de 2000 fue nombrada provisionalmente para ocupar el cargo de Profesional Universitario I, en la Dirección Administrativa y Financiera de la ciudad de Santa Marta, el cual desempeñó hasta el 4 de febrero de 2002, fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento por el señor Fiscal General de la Nación mediante la Resolución No. 180 de dicha fecha.

Afirmó la actora que el cargo que venía desempeñando en provisionalidad, es de carrera administrativa y por tanto, según el artículo 65 del Decreto 1155 de 1999, no podía ser desvinculada de la entidad sino por razones del servicio, pero en la resolución que declaró la insubsistencia no se consignaron las razones que tuvo el Fiscal General para hacerlo, vulnerándole sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral y al trabajo.

Argumentó igualmente que de acuerdo con el artículo 77 del citado Decreto 1155, la entidad tenía el plazo de 6 meses para normalizar su vinculación mediante el sistema de concurso de méritos, pero como no lo hizo esa omisión le permite que ella goce de preferencia para desempeñar el cargo frente a otras personas mientras se realiza el concurso. Agregó que la Fiscalía adelantaba los trámites para convocar al concurso para proveer todos los cargos y en una sentencia del Consejo de Estado en virtud de una acción de cumplimiento, se le otorgó plazo perentorio hasta el mes de febrero de 2003 para tal efecto.

Señaló que habida cuenta de la estabilidad laboral que creía tener mientras se convocaba a concurso de méritos, adquirió una serie de compromisos tendientes a satisfacer las necesidades básicas propias y las de sus dos menores hijos, quienes dependían de ella ya que se encuentra separada de su esposo, situación que no fue tomada en cuenta por la Fiscalía al expedir el acto de insubsistencia, vulnerándoles los derechos fundamentales y colocándolos en grave peligro y ante la posibilidad de causarle un perjuicio irremediable,

pues no podrá seguir pagando las pensiones estudiantiles y tampoco las cuotas del crédito de vivienda que le confirió la misma entidad.

II. RESPUESTA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, se opuso a las pretensiones de la demandante, por las razones que se resumen así:

La señora CLARA AURORA MAYA GÓMEZ efectivamente laboraba en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 4, pero en la calificación de servicios de período de prueba No. 002 de 20 de mayo de 1997, obtuvo calificación INSATISFACTORIA, decisión que fue confirmada en la Resolución 1313 de 11 de julio del mismo, razón por la cual perdió el derecho a ser inscrita en la carrera de la entidad respecto del cargo al que fue incorporada.

El 17 de enero de 2000, la señora MAYA GÓMEZ fue nombrada en provisionalidad para ocupar el cargo de Profesional Universitario I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Santa Marta, declarándose luego insubsistente tal nombramiento, lo cual válidamente podía hacerse porque al no haber accedido al cargo mediante concurso de méritos sino de manera provisional, su situación era de libre nombramiento y remoción y, por consiguiente, era dable declarar la insubsistencia sin mediar motivación alguna y en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley al nominador, potestad radicada en cabeza del señor Fiscal General de la Nación en los términos del artículo 251, numeral 2º de la Constitución Política.

Sobre ese preciso aspecto, debía señalarse que el Consejo de Estado, al confirmar un fallo dictado por el Tribunal Administrativo del Casanare en virtud de acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por un ex servidor de la Fiscalía, en sentencia de 8 de junio de 2000 expresó que si el demandante desempeñaba el cargo en provisionalidad, no ostentaba fuero de estabilidad alguno, razón por la cual podía ser removido del cargo sin motivación alguna.

La valoración de las circunstancias en que se produjo el despido competía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no al juez de tutela. Siendo la acción de tutela un mecanismo subsidiario y no evidenciándose perjuicio irremediable, si la accionante consideraba que la resolución que declaró la insubsistencia era violatoria de la Constitución y de la ley, la vía

jurisdiccional adecuada era la contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual podía impetrar la suspensión del acto administrativo, y de prosperar sería reintegrada al cargo y al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

El acto administrativo de insubsistencia mediante el cual se desvinculó de la entidad a la accionante tuvo como exclusivo sustento las razones del servicio, circunstancia que impedía atribuirle consecuencias administrativas que se generaban con ocasión del retiro, tales como la vulneración del derecho a tener una vivienda digna y a la seguridad social en salud mencionadas por la accionante y, además, la legislación laboral establecía una serie de prestaciones a favor de los empleados, entre ellas las cesantías, que debía recibir toda persona al producirse la desvinculación del cargo, con lo cual se le garantizan los recursos necesarios para subsistir mientras solucionaba su problema laboral.

III. LOS FALLOS OBJETO DE REVISION.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, en fallo de 8 de marzo de 2002, resolvió tutelar, como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales al trabajo, la estabilidad laboral, la salud, la seguridad social y los derechos de los niños, y por ello ordenó al señor Fiscal General de la Nación el reintegro de la accionante CLARA AURORA MAYA GÓMEZ al cargo que desempeñaba en la entidad dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes. Señaló que la actora contaba con el término de cuatro meses a partir de la notificación del fallo para que iniciara la acción contencioso administrativa respectiva, a riesgo de quedar sin efecto alguno la determinación adoptada. El sustento del fallo se sintetiza así:

El caso debatido presentaba idénticas circunstancias a las observadas en la demanda de tutela interpuesta por la señora MARÍA MERCEDES SUÁREZ DE RAMBAO, también contra la Fiscalía General de la Nación, expediente en el cual el Juzgado, en fallo de 6 de marzo de 2002, amparó los derechos fundamentales de la mencionada peticionaria, como mecanismo transitorio, por lo cual debía procederse en igual forma en esta oportunidad.

Según las afirmaciones de los funcionarios de la entidad demandada, a la accionante CLARA AURORA MAYA se le iniciaron tres investigaciones disciplinarias, sin que a la fecha de su retiro hubiesen concluido con sanción de fondo debidamente ejecutoriada, de manera que las razones del retiro no podían estar soportadas en asunto disciplinario y además la declaratoria de insubsistencia carecía de motivación alguna.

Durante el trámite del amparo se estableció que la accionante era madre cabeza de hogar, según testimonios de los señores JORGE MESA y ROSA LÓPEZ DE LOPEZ, circunstancia que la colocaba en situación de privilegio pues debía dársele tratamiento especial por ese hecho. Era madre de dos hijos menores en edad escolar, quienes igualmente gozaban de protección privilegiada por el Estado (artículo 44 superior).

La Corte Constitucional, en Sentencia T-800 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, afirmó que la estabilidad laboral del funcionario que ocupara un cargo de carreta administrativa no se reducía por el hecho de que se encontrara en provisionalidad, y la administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

Así mismo, aunque esta Corporación, en Sentencia T-047 de 1995, con ponencia también del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, señaló que la vinculación a una institución para desempeñar un cargo u oficio específico no era un derecho fundamental sino una prerrogativa del derecho al trabajo, sostuvo igualmente que era viable la prosperidad del amparo cuando se demostrara de manera particular que la afectación del derecho a la estabilidad laboral afectaba un derecho de rango constitucional.

En el caso concreto, hubo ruptura del vínculo laboral y ese hecho generó la violación de la prerrogativa que tenía la actora de permanecer en el cargo. La separación implicó la pérdida intempestiva de los ingresos económicos de la actora y en especial de sus menores hijos, disminuyéndole la calidad de vida y la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas fundamentales en salud, educación, alimentación, vivienda y vida.

En virtud de lo sostenido por esta Corte en su jurisprudencia, no podía declararse la insubsistencia del cargo sin una causa justificada y sin que la resolución estuviese debidamente motivada, pues bajo ningún pretexto podía enmendarse la situación de provisionalidad que se venía dando de manera ininterrumpida a la actora y con menos razón

si la accionante fue promovida para un cargo de mayor categoría en virtud de su profesionalización.

La situación de la accionante se tornaba dramática y desesperada por el desamparo en que había quedado ante la pérdida del trabajo, lo cual sólo podía remediarse concediendo la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras acudía a la jurisdicción contencioso administrativa para que ésta decidiera acerca de la legalidad del acto administrativo de insubsistencia.

2. Impugnación.

Fue interpuesta y sustentada por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, quien insistió en la declaratoria de improcedencia del amparo apoyándose en citas de providencias del Consejo de Estado, en las que ha señalado que si el funcionario no se encuentra inscrito en carrera, se encuentra nombrado en provisionalidad y no ha participado en concurso, su condición se asimila a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, y bajo el criterio del mejoramiento del servicio puede ser declarado insubsistente en ejercicio de la acción propia discrecional de la Fiscalía General de la Nación

En el caso concreto no era aceptable que se considerara la violación de derechos conexos al derecho al trabajo, porque la accionante era una profesional en plenitud de su capacidad física y tal como lo estimó la Corte en la Sentencia T-047 de 1995 citada en el fallo de tutela, si se confundía un derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida sociedad serían considerado como derecho fundamental y ello era insostenible.

La Fiscalía General de la Nación, desde su creación y hasta la fecha, no había convocado a concurso de méritos para acceder a los cargos de carrera, por lo cual, de conformidad con la normatividad vigente, mientras desarrollaba tal proceso, los cargos se ocupaban en provisionalidad, tal y como aconteció con la actora CLARA AURORA MAYA, nombramiento que no fue efectuado como un ascenso o promoción, sino que se realizó después de dos años y medio de que la mencionara perdiera los derechos de carrera por no haber superado el período de prueba del cargo que desempeñaba en el Juzgado de Instrucción Criminal.

En el particular caso de la accionante debía observarse que para el momento de la declaratoria de insubsistencia no se encontraba en estado de embarazo, de posparto o de lactancia. Además, se trataba de una mujer que podía ejercer su profesión (Administración de Empresas) de manera independiente, no siendo indispensable la vinculación con la entidad u otra, para proveer su sustento. Así mismo, según documentación obrante en el expediente, el padre de uno de los menores hijos de la accionante, ALEJANDRO ALBERTO MANTILLA PINEDA, era trabajador de la Fiscalía y se desempeñaba como Asistente Judicial Local desde el 11 de julio de 1995, de modo que si se aceptara en gracia de discusión que éste no estaba otorgándole lo necesario para la manutención del menor (situación que no estaba probada), la señora MAYA GÓMEZ podía impetrar las acciones judiciales respectivas para obligar al padre a cumplir con sus deberes.

3. Segunda Instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de 30 de abril de 2002, revocó el fallo impugnado y en su lugar negó la tutela de los derechos invocados por la accionante.

Consideró el Tribunal que ninguno de los presupuestos consagrados en el artículo 86 de la Carta para la prosperidad del amparo se encontraba acreditado en el proceso.

Así, inicialmente destacó que, tal y como lo había apreciado la Sala al resolver un caso similar, si bien era cierto la accionante alegaba que sólo podía ser desvinculada del servicio mediante resolución motivada por ocupar un cargo de carrera administrativa en forma provisional, también era verdad que era un hecho notorio que en la Fiscalía General de la Nación no funcionaba en la actualidad la carrera administrativa, por lo cual, todas las personas que hubieran accedido a un cargo que nominalmente fuera de carrera, como era el caso de la accionante, lo hacían en provisionalidad, por iniciativa propia del nominador, desprovisto de las consecuencias implícitas en el concepto de “carrera”, de manera que la insubsistencia operaba en su contra y la controversia que ello suscitara “no podía estar comprendida dentro del ámbito de los postulados de la Constitución”.

En segundo término, señaló el Tribunal que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el derecho a permanecer en un cargo no es un derecho fundamental, sino una prerrogativa, al igual que estar vinculado a cierta institución o ejercer la actividad laboral en

un sitio específico, prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela, aunque la protección por dicha vía resultaba viable si lograba demostrarse de manera particular que la afectación de un derecho sin rango fundamental afectara a uno que sí lo tiene.

Y, al aplicar tal criterio al caso bajo estudio, se encontraba que ningún derecho fundamental de la accionante había resultado afectado toda vez que ni siquiera resultaba clara la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, pues en la Fiscalía General de la Nación no estaba funcionando la carrera administrativa para un grupo de funcionarios del que hacía parte la accionante, lo cual debía ser materia de estudio por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, medio de defensa judicial con el que contaba la actora y al que podía recurrir teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la tutela.

Finalmente, estimó el ad quem que el hecho de que la accionante fuera madre soltera, cabeza de familia y con dos hijos menores, no conllevaba que el cese de su actividad laboral le causara perjuicio irremediable, puesto que no se trataba de unos niños huérfanos cuyo progenitor laboraba en la entidad accionada y si no cumplía con las obligaciones que la ley le imponía, la peticionaria podía hacer uso de las herramientas que la misma le brindaba para que las cumpliera. Igualmente, la accionante era una mujer de apenas 30 años de edad, profesional en Administración de Empresas, con plena capacidad productiva, experiencia laboral adquirida en la propia Fiscalía y apta para desempeñar otro cargo en entidad distinta o en forma independiente, condiciones éstas que impedían avizorar la situación dramática y desesperada a la que aludió el Juez de primera instancia para conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Argumentó el Magistrado que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-800 de 1998, si bien los empleados nombrados en provisionalidad no tenían la misma estabilidad que los nombrados por concurso, tampoco tenían la misma flexibilidad de los de libre nombramiento y revisión y, por ello, su desenganche sólo podía hacerse por causas justificadas o cuando, convocado el concurso y obtenidas las listas, la plaza debía llenarse de manera definitiva. Por consiguiente, sostuvo el Magistrado, ante la declaratoria de insubsistencia sin previo trámite o proceso disciplinario que determinara la causa justificada para sacar del servicio a la accionante, y el descuido de la Fiscalía en la convocatoria y reglamentación de la carrera administrativa, debió concederse el amparo del

derecho al debido proceso.

IV. CONSIDERACIONES Y DECISION DE LA CORTE.

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos que acaba de reseñar.

2. El problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si es la acción de tutela el mecanismo jurídico que procede para proteger los derechos fundamentales que la actora considera vulnerados.

El juez de primera instancia sustentó su decisión de conceder el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-800 de 1998, pues en aquella oportunidad la Sala de Revisión respectiva sostuvo que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupara un cargo de carrera administrativa no se reducía por el hecho de que se encontrara en provisionalidad, y la administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar. Así mismo, porque la Corte, en Sentencia T-047 de 1995, señaló que si bien la vinculación a una institución para desempeñar un cargo u oficio específico no era un derecho fundamental sino una prerrogativa del derecho al trabajo, también sostuvo que era viable la prosperidad del amparo cuando se demostrara de manera particular que la afectación del derecho a la estabilidad laboral afectaba un derecho de rango constitucional.

En sentido contrario, la Sala Penal (mayoritaria) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, prohiendo las razones esgrimidas por la entidad accionada para oponerse al amparo, consideró que la actora debía acudir al medio judicial ordinario (acción de nulidad y restablecimiento del derecho), pues ninguno de los presupuestos consagrados en el artículo 86 de la Carta para la prosperidad de la tutela se encontraba acreditado en el proceso, sin que se evidenciara la existencia de perjuicio irremediable habida cuenta de las circunstancias en que se encontraba la actora.

Finalmente, el Magistrado de la Sala Penal que aclaró su voto, consideró que a la actora se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto la entidad accionada no agotó trámite previo o proceso disciplinario antes de la declaratoria de insubsistencia para determinar la justa causa para sacar del servicio a la accionante, evidenciándose el descuido de la Fiscalía en la convocatoria y reglamentación de la carrera administrativa.

3. La solución.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala estima indispensable inicialmente hacer expresa referencia a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión de Corte Constitucional en la Sentencia T-800 de 1998, pues ésta fue aplicada como precedente judicial por el juez de primera instancia para conceder el amparo, y, por consiguiente, se aprecia como necesario recordar el caso allí estudiado en orden a determinar si el a quo estuvo asistido de razón al adoptar la decisión.

La lectura de la aludida sentencia, dictada el 14 de diciembre de 1998, enseña que:

- Se resolvió el amparo propuesto por una auxiliar de enfermería del Hospital San Roque del municipio de Pradera, Valle, quien ocupaba el cargo desde el 1º de enero de 1996, en provisionalidad, hasta que el 4 de junio de 1998, el director del hospital declaró insubsistente su nombramiento. La demandante era madre soltera, con un hijo de dos años de edad que sufría de bronconeumonía y debía recibir un tratamiento médico periódico, carecía de vivienda propia y por ello pagaba arriendo.
- El director del hospital accionado señaló que la accionante ocupaba en provisionalidad el cargo y que por ello, atendiendo al hecho de que según la normatividad vigente (Leyes 61 de 1987 y 27 de 1992), un funcionario en esas condiciones no podía ocupar el cargo por más de cuatro (4) meses, debió separar del mismo a la enfermera ya que era su deber subsanar esa situación irregular que se venía presentando, sin que a la accionante se le siguiera proceso disciplinario alguno, por lo que la decisión de desvincularla de la entidad nada tuvo que ver con posibles faltas al reglamento.
- Los juzgados de instancia coincidieron en que, conforme a las pruebas, los derechos fundamentales de la tutelante y, de contera, los de su hijo, merecían ser protegidos de manera provisional a fin de precaver los perjuicios irremediables que podrían derivarse de la

decisión emitida por el director del hospital.

- La Sala de Revisión de la Corte confirmó los fallos de instancia, con las siguientes precisiones:

a) La estabilidad laboral de un funcionario que ocupe un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad. El nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa 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.

b) La demandante ocupaba en provisionalidad, desde el 1º de enero de 1996, el cargo de Auxiliar de Enfermería, que era de carrera. La justa causa aducida por el director del hospital para declarar insubsistente su nombramiento fue, precisamente, que al llevar en provisionalidad más tiempo del autorizado por la ley (cuatro meses), aquella debía separarse del cargo mientras se convocaba el concurso de méritos -que estaba pronto a realizarse-, para proveer definitivamente la plaza.

c) Como la provisionalidad se admitía mientras se efectuaba la selección para ocupar un empleo de carrera administrativa, la administración estaba obligada a convocar el respectivo concurso dentro de dicho lapso para que se cumplieran los dos principales propósitos de la ley: evitar la prolongada vinculación de funcionarios en cargos respecto de los cuales no han acreditado los requisitos de idoneidad y que el Estado considera, deben ser provistos mediante concurso de méritos; e impedir que la administración se paralizara por el hecho de que no haya servidores públicos desempeñando las funciones propias del cargo vacante.

d) En ese sentido, un funcionario que se encontraba ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la Ley, debía ser desvinculado como lo ordenara la norma, siempre y cuando la administración cumpliera, por su parte, con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal correspondencia, los cargos estarían destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del

reemplazo.

e) Para la fecha de desvinculación de la peticionaria, el hospital demandado no había iniciado el proceso de selección por méritos que la Ley le obligaba llevar a cabo. La Administración toleró por más de dos años la irregular vinculación de aquella a la función pública, en abierta oposición a los preceptos normativos. Por dicha razón, la Sala consideró que el hospital no podía alegar su propio incumplimiento como justa causa para afectar los derechos de la tutelante, sometida a una vinculación irregular por la propia desidia de aquél.

f) A pesar de que otros funcionarios se encontraban en similares circunstancias, la decisión de declarar insubsistente el nombramiento por esta causa solamente afectó a la accionante, lo que para la Sala de Revisión resultó un acto verdaderamente discriminatorio.

g) Por lo anterior, la Corte concluyó que la administración del hospital acusado incurrió en un desconocimiento de los derechos de la demandante que tenían relación con su estabilidad laboral, su permanencia en el cargo de carrera mientras no se constituyera una justa causa que obligara a su retiro, y el derecho a recibir similar tratamiento que los demás funcionarios que se encontraran en sus mismas condiciones laborales.

h) Para terminar, la Sala de Revisión planteó el interrogante de si los derechos podían ser protegidos por vía de tutela, o si era necesario esperar a que la jurisdicción contencioso-administrativa tomara una decisión al respecto. Al efecto, consideró que el derecho de la demandante a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no podía ser desvinculada del cargo mientras no se configurara una justa causa disciplinaria o se convocara el respectivo concurso de méritos, sí podría llegar a atentar contra derechos fundamentales, en tanto que la peticionaria era madre soltera, tenía un hijo enfermo quien por una afección respiratoria debía estar sometido a un tratamiento médico constante, y no tenía vivienda propia, hechos todos que permitían vislumbrar que la pérdida del trabajo por parte de la demandante y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo pero la tutela permitía evitarlo y, por consiguiente, el amparo se erigía como el mecanismo provisional idóneo para preservar, por un lado, el derecho al trabajo de la tutelante, y por el otro, los derechos a la salud y a la vida de su hijo, protegidos especialmente por la Carta Política.

La confrontación de los hechos y circunstancias que rodearon aquel caso estudiado por la Corte, con los que se observan por la Sala Novena en este evento que ocupa su atención, le permite consignar las siguientes argumentaciones que servirán de apoyo a la decisión que habrá de adoptar:

Primera: al responder a la demanda, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, expuso detalladamente las gestiones que se están adelantando al interior de la entidad para implementar el concurso de méritos tendiente a proveer todos los cargos de carrera existentes. Sobre ese aspecto, la funcionaria reseñó la actividad cumplida por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera desde el mes de octubre de 1996, pero reconoció expresamente que aún no se había adelantado ningún proceso de selección para proveer tales cargos, a tiempo que precisó que dicha Comisión “tiene previsto la definición de las estrategias necesarias para las convocatorias a concurso que la entidad tiene previsto realizar en el Año 2002. Razón por la cual se encuentra adelantando la depuración de toda la información, relacionada con los aproximadamente 17.917 cargos de carrera, en las áreas de la Fiscalía, Cuerpo Técnico de Investigación, Administrativa y Financiera y Nivel Central y la elaboración del cronograma de las actividades necesarias para tal fin”.

A primera vista podría argumentarse que la Fiscalía General de la Nación no ha incurrido en una omisión manifiesta y evidente para convocar al concurso de méritos mediante el cual se provea el cargo de carrera que ocupaba la ahora accionante, sobre la base de que, al decir de la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, se trata de proveer más de 17 mil cargos. Empero, lo cierto es que si se toma en cuenta que las actividades tendientes a cumplir con ese objetivo se vienen adelantando desde el mes de octubre del año 1996, ello significa que en esa tarea la mencionada Comisión ha empleado seis (6) años, hecho éste que, prácticamente por sí sólo, apunta a demostrar que no ha existido una verdadera voluntad institucional para convocar a los concursos y, por consiguiente, no resulta admisible que la ahora accionante tenga que sufrir las consecuencias de esa tardanza, pues la no convocatoria al concurso, por decir lo menos, le ha cercenado la posibilidad de aspirar a ocupar el cargo mediante ese mecanismo, no obstante estarlo desempeñando en provisionalidad desde el 17 de enero de 2000, es decir, hace más de un año y nueve meses.

Sobre ese mismo tópico, cabe destacar que el hecho de que no se haya convocado a

concurso de méritos, implica el total desconocimiento a lo dispuesto en el artículo 77 del Decreto 1155 de 1992, que, textualmente y en lo pertinente, consagra:

“La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección; no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante el proceso de selección, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de seis (6) meses. (se subraya y destaca por la Corte).

“En todo caso de vacancia definitiva, deberá convocarse a concurso antes de efectuar el nombramiento provisional”.

Con base en esa disposición, la actora argumenta que la omisión en que ha incurrido la Fiscalía General de la Nación le permite que ella goce de preferencia para desempeñar el cargo frente a otras personas mientras se realiza el concurso, planteamiento que resulta de recibo para esta Sala de Revisión en la medida en que armoniza perfectamente con el criterio de la Corte según el cual, mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo en tanto ese hecho pueda atentar contra derechos fundamentales de la persona, como también compagina con el pensamiento de la Corporación en cuanto a que la estabilidad laboral, que si bien en si misma no es un derecho fundamental, no se reduce por el solo hecho de que el empleado ocupe el cargo en provisionalidad.

Segunda: En el presente asunto, el señor Fiscal General de la Nación no motivó el acto de declaratoria de insubsistencia del cargo, por lo cual, al responder a la demanda, la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad explicó que la insubsistencia fue producto de la facultad discrecional conferida al nominador por el artículo 251, numeral 2 de la Constitución, según el cual, es función especial del Fiscal General de la Nación “Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia”, y, además, justificó tal proceder en que el Concejo de Estado en sus sentencias ha puntualizado que quien se encuentre nombrado en provisionalidad puede ser removido del cargo sin motivación alguna.

Al respecto, para la Sala resulta claro que si bien es verdad que el artículo 251, numeral 2 de la Carta, señala como función especial del Fiscal General de la Nación la de nombrar y

remover a los empleados bajo su dependencia, no menos cierto es que tal facultad debe ejercerla “de conformidad con la ley”, y aunque es discrecional, no puede ser cumplida de manera arbitraria. En punto a la discrecionalidad, la Corte Constitucional ha expuesto³:

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

“Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.

Como se acaba de reseñar, en la Resolución 0-0180 de 4 de febrero de 2002, al declarar insubsistente el nombramiento de la actora, el señor Fiscal General de la Nación no motivó su decisión, sino que simplemente invocó la facultad a él conferida por el artículo 251 de la Constitución Política⁴.

El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha dicho que la insubsistencia, aunque no constituye sanción alguna, es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio por cualquier causa, y que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, que puede ser naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario. Así mismo, esa Corporación, como lo destaca la Jefe de la Oficina de la institución accionada, ha

afirmado en sus providencias que cuando el empleado ocupa el cargo en provisionalidad, no ostenta fuero de estabilidad alguno y por tal razón, puede ser removido del cargo sin motivación alguna⁵.

Pues bien. Para esta Sala de Revisión esa jurisprudencia que el Concejo 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, según las cuales:

“... 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. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.⁶

“Adicional al hecho de que es legítimo separar a un funcionario público de su cargo por razones del servicio, el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a

cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela....

“(...)

“Se concluye entonces que, por un lado, la Administración está habilitada para separar a sus funcionarios de acuerdo con exigencias circunstanciales y previa motivación justificada, y que el derecho a permanecer en un cargo no es un derecho fundamental, por lo que no puede ser amparado, en principio, por vía de tutela.

“No obstante, la Corte ha establecido que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable, si logra demostrarse de manera particular, que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene. Aplicando esta jurisprudencia en relación con el derecho al trabajo, la misma Corporación ha dicho que la prerrogativa de permanecer en un cargo determinado eventualmente puede llegar a dañar un derecho fundamental, dependiendo de las circunstancias particulares del caso.

“(...)

“3. El caso concreto

“Como se advirtió en la parte general de esta providencia, 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.

“En el caso particular, la demandante ocupaba en provisionalidad, desde el 1º de enero de 1996, el cargo de Auxiliar de Enfermería, que era de carrera. La justa causa aducida por el director del hospital para declarar insubsistente su nombramiento fue, precisamente, que al llevar en provisionalidad más tiempo del autorizado por la ley (cuatro meses), aquella debía separarse del cargo mientras se convocaba el concurso de méritos -que estaba pronto a

realizarse-, para proveer definitivamente la plaza.

“En efecto, según la normatividad que a la fecha de la desvinculación regulaba el sistema de acceso a los cargos públicos de carrera administrativa y los procesos de selección para la provisión de los mismos, la administración estaba autorizada para efectuar nombramientos en provisionalidad de personal no inscrito en la carrera, hasta por cuatro meses, prorrogables por otro tanto.

“Así lo dispone el artículo 4º del Decreto 2329 de 1995, que reproduce el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 27 de 19927, estatuto vigente para la época de desvinculación de la demandante.

“ARTÍCULO 4º Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos en provisionalidad, que no podrán tener una duración superior a los cuatro (4) meses, salvo cuando se hubiere prorrogado en los términos del artículo 5 de este decreto.

“(…)

“Como se deduce del texto, la provisionalidad se admite “mientras se efectúe la selección para ocupar un empleo de carrera administrativa”. Esto quiere decir que la administración está obligada a convocar el respectivo concurso dentro de dicho lapso para que se cumplan los dos principales propósitos de la Ley: evitar la prolongada vinculación de funcionarios en cargos respecto de los cuales no han acreditado los requisitos de idoneidad y que el Estado considera, deben ser provistos mediante concurso de méritos; e impedir que la administración se paralice por el hecho de que no haya servidores públicos desempeñando las funciones propias del cargo vacante.

“En este sentido, un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la Ley, debe ser desvinculado como lo ordena la norma citada siempre y cuando la administración cumpla, por su parte, con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal correspondencia, los cargos estarían

destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del reemplazo.

“Para la fecha de desvinculación de la peticionaria, el hospital demandado no había iniciado el proceso de selección por méritos que la Ley le obligaba llevar a cabo. La Administración toleró por más de dos años la irregular vinculación de aquella a la función pública, en abierta oposición a los preceptos normativos. Por dicha razón, esta Sala considera que el hospital no puede alegar su propio incumplimiento como justa causa para afectar los derechos de la tutelante, sometida a una vinculación irregular por la propia desidia de aquél.” (subrayas y negrillas no originales).

Mutatis mutandis, los criterios de la Corte expuestos en la sentencia en cita, resultan perfectamente aplicables al caso de la aquí accionante CLARA AURORA MAYA GÓMEZ, puesto que: (i) ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad desde el 31 de enero de 20008; (ii) dada la forma en que se realizó la provisión del empleo de carrera (provisionalidad), en nombramiento no podía exceder de seis meses y la entidad estaba obligada a proveer el cargo mediante proceso de selección (artículo 77 del Decreto 1155 de 1999), y ello, por razones ajenas a la accionante, no se hizo y aún no se ha hecho; y (iii) a la actora no se le adelantó proceso disciplinario alguno que sirviera de apoyo para declarar insubsistente su nombramiento⁹.

Tercera: La Corte Constitucional ha expuesto de manera reiterada el criterio según el cual la acción de tutela, de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 86 superior que la consagra, presenta como características principales la de ser un mecanismo inmediato y directo para la protección de un derecho fundamental violado, y la subsidiariedad, de donde su procedencia sólo resulta jurídicamente posible cuando el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial al cual acudir para lograr esa protección, excepción hecha de que utilice el amparo para evitar un perjuicio de naturaleza irremediable¹⁰.

En cuanto hace al perjuicio irremediable, esta Corporación tiene definido que para que proceda la tutela como mecanismo transitorio para evitarlo, se debe determinar la irremediabilidad del perjuicio y para tal efecto es necesario tomar en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia que exige

medidas inmediatas; la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente; la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales¹¹.

La actora CLARA AURORA MAYA GÓMEZ impetró el amparo como mecanismo transitorio, con el fin de que el juez constitucional de tutela revoque, o deje sin efecto alguno, la resolución mediante la cual el señor Fiscal General de la Nación decidió declarar insubsistente su nombramiento del cargo de Profesional Universitario Grado I, y consecuentemente, se disponga su reintegro al mismo mientras se convoca a concurso de méritos para proveer el mismo.

En la Sentencia T-800 de 1998, la Sala Novena de Revisión de la Corte concluyó que en el evento allí estudiado procedía la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en la medida en que la peticionaria era madre soltera, tenía un hijo enfermo quien por una afección respiratoria debía estar sometido a un tratamiento médico constante, y no tenía vivienda propia, hechos todos que permitían vislumbrar que la pérdida del trabajo por parte de la demandante y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo pero la concesión del amparo permitía evitarlo.

En el presente caso, la Sala se aparta del criterio plasmado en el fallo de segunda instancia materia de revisión, en cuanto a la inexistencia del perjuicio irremediable derivado del rompimiento del vínculo laboral, porque si bien la accionante responde a una persona de apenas 30 años de edad y con plena capacidad productiva, con una formación profesional, esas circunstancias no garantizan por sí solas que pueda acceder al mercado laboral fácilmente, y mucho menos en las circunstancias del desempleo generalizado por las que atraviesa el país. Además, el hecho de que los hijos de la petente cuenten con un padre que tiene el deber de velar por su manutención y cuenta con un trabajo estable, en modo alguno neutraliza el hecho de que la pérdida del empleo por parte de la actora ponga en peligro su mínimo vital propio y el de sus menores hijos, en la medida de que con su salario respondía por obligaciones tales como el crédito que adquirió para la consecución de su vivienda.

Sobre ese específico punto del mínimo vital, vale recordar lo recientemente expuesto por la Corte al revisar un fallo de tutela en el que se negó la protección del derecho al trabajo, con el argumento de que la petente disponía de otros medios de defensa judicial y que no se veía comprometido su mínimo vital ya que vivía con su esposo, quien recibía un sueldo, de lo cual se infería que no estaba en un peligro inminente por afectación del mínimo vital, ya que era de suponer que su esposo, quien vivía con ella, le suministraría lo necesario para su subsistencia¹²:

“El mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso. De cualquier forma, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra. Los elementos mínimos incluidos en el concepto de mínimo vital también han sido determinados por la Corte:

‘El pago oportuno y completo de un salario garantiza el goce de lo que se ha denominado el mínimo vital, considerado éste como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida.’¹³

(...)

“5.2. Con relación al punto específico abordado por el juez de tutela al desestimar la tutela del derecho al mínimo vital por contar la petente con un esposo que ve por ella, la Corte considera necesario clarificar algunos puntos sobre el particular.

“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 al mínimo vital algo personal, la 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.” (Negritas fuera de texto).

1. Conclusión.

De acuerdo con todo lo expuesto, la Sala considera que el Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta acertó al conceder el amparo solicitado y, por consiguiente, la Corte revocará el fallo de segundo grado adoptado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta que revocó la sentencia de primera instancia, la cual confirmará.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Segundo: ORDENAR que por Secretaría General se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Conformada en ese entonces por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa (quien la presidía), Alfredo Beltrán Sierra y Antonio Barrera Carbonell.

2 Por el cual “se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, Decreto dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 489 de 1998.

3 Sentencia C-031 de 2 de febrero de 1995. M. P. Hernando Herrera Vergara.

4 Copia de la Resolución es visible a folio 105 del cuaderno de primera instancia.

5 Ver, entre otras, las sentencias de 8 de junio y 13 de julio, ambas del año 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en las cuales actuó como ponente el Concejero Carlos Orjuela Góngora.

6 Cfr. Sentencia SU-250/98 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

7 Derogada expresamente por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.

8 Copia del acta de posesión obra a folio 12 del cuaderno de primera instancia.

9 La documentación aportada al expediente tanto por la accionante como por Fiscalía General de la Nación, permite verificar que en la hoja de vida de la señora Maya Gómez existen varios llamados de atención y que se le adelantó un proceso disciplinario en el que se dictó fallo de primera instancia el 18 de abril de 2002, es decir, con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia. La peticionaria allegó a la Corte copia del fallo de segunda instancia, calendado el 25 de julio de 2002, mediante el cual el Fiscal General de la Nación, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Maya, modificó la sanción de multa que se le impuso por la primera instancia y, en su lugar, le impuso “amonestación escrita.” (folios 88 y ss. Cuaderno del Tribunal).

10 Sentencias T-001/92, SU-111 de 1997, SU-646 y SU-995 de 1999, SU-897 de 2000 y SU-913 de 2001, entre otras.

11 Sentencia T-225 de 1993. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

12 Sentencia T-148 de 2002. Sala Tercera de Revisión. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2001 M. P. Álvaro Tafur Galvis.