

NOTA DE RELATORIA: mediante auto 349 del 11 de noviembre de 2014, el cual se anexa en la parte final de la presente providencia, se corrige el numeral primero de la parte resolutive, al igual que el numeral 4.1 de la parte motiva, en el sentido de establecer que la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Segunda, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fue del año 2012 y no 2013, como erróneamente se mencionó

Sentencia T-916/13

(Bogotá, D.C., Diciembre 3)

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Formas en que puede ser desconocida la jurisprudencia

Se desconoce el precedente constitucional cuando (i) se aplican disposiciones jurídicas que fueron declaradas inexequibles, (ii) se desconoce la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad y (iii) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales establecido por la Corte en las diferentes reglas de decisión establecidas mediante las acciones de tutela.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE MOTIVACION DE ACTO DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional cuenta con una reiterada y pacífica jurisprudencia en la cual se ha señalado el deber de la administración de motivar todos los actos mediante los cuales se declare la insubsistencia del nombramiento de quien ocupa un cargo de carrera bajo la modalidad de provisionalidad.

Se ha señalado que la motivación debe cumplir con un mínimo de exigencia, que de

conformidad con la sentencia SU-917 de 2010 se ha denominado como “razón suficiente”. Mediante dicha línea jurisprudencial se ha reconocido que la motivación de los actos administrativos “es una garantía establecida en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en contra de la arbitrariedad, que encuentra fundamento constitucional en el principio de publicidad como orientador de la función pública y busca en últimas que los destinatarios conozcan las razones en las que se funda la Administración al momento de adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares”. Esta obligación no sólo permite el correcto cumplimiento de los principios de la función administrativa, sino adicionalmente, se convierte en un derecho de los ciudadanos que les permite tener la “posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder”.

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

Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso, cuando las autoridades administrativas expiden - o las autoridades judiciales avalan - un acto administrativo de declaración de insubsistencia del nombramiento de un cargo de provisionalidad, sin que éste presente motivación suficiente para tomar dicha decisión, lo cual constituye un desconocimiento al precedente constitucional.

Referencia: expediente T-3.912.242

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencias proferidas por el Consejo de Estado Sección Segunda - Sub sección A - y Sección Cuarta del 24 de septiembre de 2012 y 28 de febrero de 2013, respectivamente.

Accionante: Hernán Domínguez Arias

Accionados: Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Administrativo de Santander.

Magistrados de la Sala 2ª de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos y pretensión.

1.1.1. Derecho fundamental invocado. Debido proceso.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. La decisión por parte de los despachos judiciales accionados de no declarar la nulidad del acto administrativo de insubsistencia del accionante, desconociendo el precedente constitucional sobre la necesidad de motivar dichos actos.

1.1.3. Pretensión. Dejar sin efectos las sentencias del Juzgado 4º Administrativo de Bucaramanga y el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el accionante contra la Fiscalía General de la Nación.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El accionante alegó que laboró en la Fiscalía General de la Nación desde el 13 de marzo de 1997[1] hasta el 9 de noviembre de 2004, fecha en la cual se expidió la Resolución No. 05335 por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como fiscal delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados[2]. A juicio del demandante, la declaración de insubsistencia se produjo como consecuencia de una investigación penal en su contra por la presunta comisión del delito de prevaricato, sin que mediara una investigación administrativa que le permitiera ejercer su defensa, por lo que argumenta la existencia de una desviación de poder.

1.2.2. El 9 de marzo de 2005, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el mencionado acto administrativo, demanda que le correspondió conocer al Juzgado 4º Administrativo de Bucaramanga.

1.2.3. Dicho despacho judicial falló en contra de los intereses del entonces demandante

mediante providencia del 22 de octubre de 2008. Se argumentó que el cargo que desempeñaba el señor Domínguez Arias era un cargo de carrera y éste accedió al mismo en provisionalidad, “circunstancia a partir de la cual el Fiscal General quedaba posibilitado para ejercer frente a él la facultad discrecional declarándolo insubsistente presumiéndose que esta decisión fue adoptada en procura de mejorar el servicio (...)”[3]. En igual sentido, el juez de conocimiento afirmó que “no obra pieza probatoria alguna que demuestre que la administración excedió el poder discrecional que posee frente al actor, tampoco se acreditó que las razones que motivaron su retiro no obedecieron al buen servicio, o que estuvieron orientadas a imponer una sanción en su contra como producto de una supuesta investigación penal”[4].

1.2.4. Contra la anterior decisión, el ahora accionante presentó recurso de apelación el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Santander. A través de sentencia del 24 de febrero de 2012, el Tribunal confirmó la providencia de primera instancia afirmando que debido a su condición de empleado en provisionalidad “su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento sin motivación ninguna – o sea en la forma como se hizo – de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador”[5]. Por su parte, señaló que si bien la declaratoria de insubsistencia tuvo lugar de manera concomitante con la investigación penal en contra del señor Domínguez Arias “tal circunstancia por si sola no logra desvirtuar la presunción del buen servicio que es sustento obligatorio de toda medida discrecional” [6].

1.2.5. Del escrito de tutela se puede extraer que el accionante considera que los despachos judiciales accionados incurrieron en un desconocimiento del precedente al avalar la legalidad del acto administrativo de insubsistencia, a pesar de que a su juicio éste fue proferido con desviación de poder y sin motivación.

2.1. Tribunal Administrativo de Santander- [7].

2.1.1. El tribunal judicial se opuso a la acción de tutela alegando que durante el transcurso del proceso se interpretó “de forma rigurosa las normas aplicables al caso concreto y las pruebas allegadas al plenario” por lo que no resulta posible alegar la vulneración al debido proceso. Así mismo, manifestó que los jueces en las decisiones que adoptan sólo están regidos al imperio de la ley, por lo tanto, éstos cuentan con plena facultad para la

interpretación de normas constitucionales, legales y reglamentarias.

2.2. Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga[8].

2.2.1. El despacho judicial accionando se limitó a manifestar que se atiene a lo probado y resuelto dentro del expediente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que adelantó el señor Hernán Domínguez Arias contra la Fiscalía General de la Nación.

3. Terceros Interesados.

3.1. Fiscalía General de la Nación[9].

3.1.1. El ente investigador solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela en tanto, a su juicio, no se cumple con el requisito de inmediatez toda vez que se están discutiendo hechos ocurridos hace más de 8 años y la última providencia judicial es de hace cerca de un año. Por su parte, señala que la autonomía en la interpretación judicial se encuentra amparada por la Constitución y por lo tanto, el accionante no puede mediante una acción excepcional reabrir un debate jurídico ya culminado.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión:

4.1. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A – del 24 de septiembre de 2013[10].

4.1.1. El Consejo de Estado, a pesar de que en su parte resolutive rechazó por improcedente la acción de tutela, estudió el fondo del asunto y concluyó que los despachos judiciales accionados “analizaron la totalidad de los elementos probatorios allegados con la demanda y la contestación, además observaron el precedente jurisprudencial para el asunto, razón por la cual no le asiste razón a la parte actora. Pues no se observa que en el trámite y decisión del proceso se haya incurrido en vía de hecho alguna”.

4.2. Impugnación[11].

4.2.1. El accionante impugnó la decisión de primera instancia al considerar que el juez desconoció el precedente constitucional sobre la materia, en el cual, de manera reiterada, se ha establecido la necesidad de motivar los actos administrativos, entre los cuales se

encuentran los de insubsistencia, incluso para aquellos cargos que se desempeñan en provisionalidad.

4.3. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – del 28 de febrero de 2013[12].

3.3.1. El alto tribunal judicial confirmó la sentencia de primera instancia argumentando que la Resolución “que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor, estuvo ajustada a derecho, pues ese acto no requería de motivación”.

3.3.2. Por su parte, señaló que el precedente constitucional que el accionante considera desconocido, no puede ser aplicado en tanto la sentencia C-279 de 2007 hace referencia a la declaratoria la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, norma que no resulta aplicable para el caso concreto.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[13].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Afectación de un derecho fundamental. En el caso bajo estudio se analiza la posible vulneración al debido proceso.

2.3. Legitimación por pasiva. Los accionados son el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Administrativo de Santander, autoridades judiciales contra las cuales resulta posible interponer la acción constitucional en los términos del Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991[14].

2.4. Requisitos formales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De forma reiterada la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia excepcional

de la acción de tutela contra providencias judiciales para analizar la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Así, se ha señalado la necesidad de cumplir con seis (6) requisitos formales para establecer la procedencia de la acción constitucional en cada caso particular. Mediante la sentencia C-590 de 2005, se establecieron los siguientes; “(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (ii). Que se hayan agotado todos los medios-ordinarios y extraordinarios-de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos, (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, (iv) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela”[15].

La Sala debe verificar el cumplimiento de los mencionados requisitos formales, en el caso particular.

2.4.1. Relevancia Constitucional. Además de la posible vulneración al debido proceso, el caso bajo estudio presenta especial relevancia, en tanto se encuentran en discusión principios democráticos básicos dentro de nuestra estructura constitucional, como la publicidad y legalidad que deben guiar todas las actuaciones de la función administrativa.

2.4.2. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios. La Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el ahora accionante contra la Fiscalía General de la Nación, con lo cual se culminó el procedimiento ordinario ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Frente a esta decisión no procede

recurso alguno ya que de conformidad con los artículos 185 y siguientes del CCA, el recurso de súplica no resulta procedente. Por lo anterior, se evidencia que se satisface el requisito de la subsidiariedad.

2.4.3. Inmediatez. El Tribunal Administrativo de Santander emitió la sentencia de segunda instancia el 24 de febrero de 2012, la cual fue notificada por edicto hasta el 7 de marzo del mismo año según consta en la certificación secretarial[16]. El 18 de mayo de 2012, el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga notificó el auto en que se obedece y cumple con lo resuelto por el Tribunal[17]. La acción de tutela fue presentada el 29 de agosto de 2012, con lo cual se cumple con el requisito de inmediatez de conformidad con los postulados constitucionales sobre la materia[18].

2.4.5. Que en caso de tratarse de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión que se alega como vulneradora de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que en el caso particular no se alega la existencia de un defecto procedimental, el presente requisito no resulta aplicable.

2.4.6. Que no se trate de sentencias de tutela. Se discuten sentencias de la jurisdicción contenciosa administrativa y por lo tanto, se satisface el último de los requisitos formales de procedencia.

3. Problema jurídico constitucional

¿Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso por parte de las autoridades judiciales al avalar la legalidad de un acto administrativo de insubsistencia, alegando que cuando se está en presencia de empleados en provisionalidad la administración cuenta con un amplio nivel de discrecionalidad que incluso le permite no presentar la motivación de dichos actos?

4. Desconocimiento del precedente constitucional en relación con la obligación de motivar los actos de insubsistencia de cargos en provisionalidad. (Cargo Único)

4.1. Requisitos especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

4.1.1. La Corte ha advertido que se debe probar la existencia de una irregularidad procesal

de tal magnitud que vulnere de forma evidente el debido proceso y que resulte determinante para el sentido del fallo. La estricta exigencia para que el juez de tutela compruebe la existencia de algunos de los defectos establecidos por la jurisprudencia, pretende proteger principios constitucionales como la autonomía judicial y la seguridad jurídica. Se ha establecido que los presupuestos materiales que configurarían una vulneración al debido proceso, son:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- i. Violación directa de la Constitución[19]

4.1.2. De conformidad con los hechos establecidos en la presente acción de tutela, la Sala considera pertinente realizar una breve extensión en relación con el desconocimiento del precedente constitucional. La Corte de manera reiterada y pacífica ha establecido que se incurre en una vulneración a los postulados constitucionales cuando los operadores judiciales desconocen sin justificación alguna el precedente constitucional. Esta Corporación ha señalado que este “es el conjunto de sentencias anteriores al caso estudiado por el juez,

que debido a su pertinencia para resolver el problema jurídico planteado deben ser tenidas en cuenta por el juez o la autoridad a quien le compete"[20]. Así, se ha reconocido que la obligatoriedad de acatar el precedente pretende garantizar principios constitucionales fundamentales como la seguridad jurídica y la igualdad.

La jurisprudencia constitucional ha hecho una diferenciación en relación con la obligatoriedad de sus decisiones bien sean en el marco de la acción de inconstitucionalidad o mediante la acción de tutela, señalando:

"En lo que toca a los fallos de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Además, por mandato expreso del artículo 243 Superior, los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad. En cuanto a la parte motiva de estas sentencias, en la medida en que la ratio decidendi contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución, norma de normas.

(...)

En relación con las sentencias de revisión de tutela, el respeto por la ratio decidendi de estos fallos es necesario para lograr una concreción del principio de igualdad en la aplicación de las leyes, constituye una exigencia del principio de confianza legítima que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con actuaciones imprevisibles, y un presupuesto para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico"[21].

Se ha establecido que se debe aplicar el precedente cuando; "(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.

Así entonces, se desconoce el precedente constitucional cuando (i) se aplican disposiciones

jurídicas que fueron declaradas inexecutable, (ii) se desconoce la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad y (iii) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales establecido por la Corte en las diferentes reglas de decisión establecidas mediante las acciones de tutela.

4.2. Obligación de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia en cargos de provisionalidad. (Reiteración de Jurisprudencia)

4.2.1. La Corte Constitucional cuenta con una reiterada y pacífica jurisprudencia en la cual se ha señalado el deber de la administración de motivar todos los actos mediante los cuales se declare la insubsistencia del nombramiento de quien ocupa un cargo de carrera bajo la modalidad de provisionalidad[22]. Así mismo, se ha señalado que la motivación debe cumplir con un mínimo de exigencia, que de conformidad con la sentencia SU-917 de 2010 se ha denominado como “razón suficiente”.

4.2.2. Mediante dicha línea jurisprudencial se ha reconocido que la motivación de los actos administrativos “es una garantía establecida en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en contra de la arbitrariedad, que encuentra fundamento constitucional en el principio de publicidad como orientador de la función pública y busca en últimas que los destinatarios conozcan las razones en las que se funda la Administración al momento de adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares”[23]. Esta obligación no sólo permite el correcto cumplimiento de los principios de la función administrativa, sino adicionalmente, se convierte en un derecho de los ciudadanos que les permite tener la “posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder”[24].

4.2.3. La obligación de motivación se encuentra plasmada en los postulados constitucionales y ha sido reconocida por esta Corporación desde sus inicios. La sentencia SU-250 de 1998, es una de las primeras providencias y más significativas sobre la materia, en la cual se afirmó:

“La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al

convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. (...) Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional”.

4.2.4. La jurisprudencia constitucional ha establecido la diferenciación entre los cargos de carrera, los de libre nombramiento y remoción y aquellos que se desempeñan en provisionalidad. En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha señalado:

“Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación”[25].

Se encuentra que en relación con la desvinculación de las personas que se encuentran desempeñando cargos de carrera en provisionalidad, la Corte ha sido enfática en señalar que si bien estos no se encuentran amparados por la figura de la estabilidad laboral reforzada, “el nominador no goza de la misma discrecionalidad para desvincular a empleados en provisionalidad como en los cargos de libre nombramiento y remoción a menos de que exista una justa causa”. La discrecionalidad que le puede otorgar la Ley a la administración no es absoluta al punto de desconocer el derecho al debido proceso de los ciudadanos y el principio de publicidad.

4.2.5. Así, la sentencia SU – 917 de 2010, expresó que “la falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación

del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva”.

4.2.6. Se evidencia que la jurisprudencia constitucional ha establecido la obligación de motivar de manera suficiente los actos de insubsistencia de los cargos ejercidos bajo la modalidad de provisionalidad, so pena de la existencia de un vicio de nulidad derivado de la vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

5. Caso Concreto

5.1. Corresponde a la Sala analizar la posible vulneración al debido proceso del accionante por parte de los despachos judiciales accionados al validar la legalidad de la Resolución No. 05335 proferida por el Fiscal General de la Nación, en la cual se declaró insubsistente el nombramiento de éste como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, en provisionalidad.

5.2. Dentro del proceso de tutela se encuentra probado que el accionante se posesionó en el mencionado cargo en provisionalidad tal como consta en el Acta de Posesión No. 088 del 1º de julio de 1999[26]. Así mismo, se evidencia que fue declarado insubsistente mediante Resolución del 9 de noviembre de 2004[27]. La parte motiva de dicho acto administrativo se limita única y exclusivamente a citar el artículo 251 constitucional, el cual es utilizado como fundamento normativo para establecer la competencia del Fiscal General para tomar dicha decisión. En él no aparece un solo motivo adicional que argumente las necesidades del servicio y el mejoramiento del mismo o justifique la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del accionante.

5.4. Lo anterior evidencia un claro desconocimiento del precedente constitucional, en tanto de manera abierta no sólo no se acata la ratio decidendi, sino que a pesar de ello, no se presenta ningún argumento jurídico suficiente para dicho apartamiento, lo cual hubiera sido posible de conformidad con la propia jurisprudencia de esta Corporación.

5.5. Por su parte, la Sala no encuentra ajustado a los postulados constitucionales, el

argumento presentado por el Consejo de Estado -en sede de tutela- bajo el cual señala que el precedente constitucional alegado por el accionante no resulta aplicable, en tanto en aquellos casos se estudiaron normas que entraron en vigencia de forma posterior a la ocurrencia de los hechos del caso particular. Como se demostró, la jurisprudencia en relación con la obligación de motivar los actos que declaran la insubsistencia de nombramientos en provisionalidad se remonta a los inicios de esta Corporación, teniendo como referente principal la sentencia SU-250 de 1998. Resulta indispensable afirmar que el deber de motivar los actos administrativos no es consecuencia de la aplicación de una determinada norma legal, sino por la aplicación directa de la Constitución Política de 1991 permitiendo así, el goce efectivo del derecho fundamental al debido proceso.

5.6. La ausencia absoluta de motivación del acto de insubsistencia, implica la violación al debido proceso del señor Hernán Domínguez Arias, en tanto -a pesar de presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho- no contaba con los elementos de juicios suficientes para poder ejercer su derecho de contradicción ya que se desconocía por completo las razones de la administración para tomar dicha decisión. Así mismo, la Sala de Revisión encuentra que tanto el Juzgado 4º del Circuito Administrativo de Bucaramanga como el Tribunal Superior de Santander incurrieron en un desconocimiento del precedente constitucional, al no declarar la nulidad del acto administrativo acusado por falta de motivación ante una clara vulneración al debido proceso del aquí accionante.

5.7. Para determinar la orden a impartir en el caso particular, resulta indispensable señalar la regla establecida en la sentencia SU - 917 de 2010, bajo la cual se determinó que “en los casos en los cuales ninguna de las decisiones de instancia fue respetuosa de la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que no es viable ordenar que se profiera un nuevo fallo (segunda hipótesis), sino que la única alternativa realmente idónea consiste en proceder directamente a dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo (tercera hipótesis), pues sólo de esta manera se ofrece un recurso judicial que asegure la protección oportuna, real y efectiva de los derechos fundamentales vulnerados. (...) la sentencia de reemplazo se erige en el recurso judicial efectivo para asegurar la inmediata protección de los derechos afectados tanto por la administración como por los jueces de instancia, pues de lo contrario los accionantes se verían avocados a un innecesario e incierto peregrinar por otras instancias judiciales cuando es claro que les asiste pleno derecho.”

4.2.7. Por último, es indispensable tener en cuenta que la Corte Constitucional, en la sentencia SU-691 de 2011, afirmó que en los casos en que se ordene pagar una indemnización como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que desvinculó al trabajador, la liquidación de la misma debe tener en cuenta los salarios y prestaciones que se hubiesen recibido provenientes del erario público. En aquella oportunidad se señaló:

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

En efecto, entiende esta Corporación que la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento de un derecho por nulidad del acto acusado debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material. De tal suerte que, mal puede tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto éstos y éstas se percibieron en total o relativamente medida del Tesoro Público”.

6. Conclusión

6.1. Síntesis del caso

El Juzgado 4º del Circuito Administrativo de Bucaramanga y el Tribunal Superior de Santander, incurrieron en un desconocimiento del precedente constitucional en tanto avalaron la legalidad de la Resolución No. 05335 proferida por el Fiscal General de la Nación que declaró insubsistente el nombramiento del accionante, alegando que debido a que este se encontraba desempeñando un cargo en provisionalidad, la actuación de la administración era completamente discrecional con lo cual no se requería que dicho acto presentara motivación alguna. Lo anterior desconoce una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se ha establecido el deber de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia en cargos de provisionalidad. Así, la mencionada Resolución se encuentra incurso en una causal de nulidad por violación al debido proceso del señor Domínguez Arias.

Por lo anterior, la Sala revocará los fallos de instancia de tutela y dejará sin efectos las sentencias del Tribunal Superior de Santander, del 24 de febrero de 2012, y del Juzgado 4º del Circuito Administrativo de Bucaramanga, del 22 de octubre de 2008, que resolvieron la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el ciudadano Hernán Domínguez Arias contra la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, declarará la nulidad de la Resolución No. 05335 del 9 de noviembre de 2004, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ordenará a la Fiscalía General de la Nación reintegrar al señor Hernán Domínguez Arias al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro o a uno de igual o superior categoría, sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Sin embargo, si el actor, entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro, hasta la fecha de supresión del cargo o hasta la vinculación de un nuevo servidor público mediante concurso -según sea el caso- recibió salarios o prestaciones provenientes del tesoro público, estos deberán ser descontados.

El reintegro sólo procederá si el cargo que desempeñaba el accionante no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos o no ha sido suprimido. Si ello ocurrió, sólo será procedente el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación del actor hasta la fecha en que tuvo lugar la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso o hasta la fecha de supresión del cargo.

Así mismo, la Sala no puede desconocer que -como el propio accionante lo señaló- existe o existió una investigación penal en su contra por la presunta comisión del delito de prevaricato, por lo que el reintegro sólo procederá en caso en que no se haya producido una eventual sentencia condenatoria en su contra en la que se contemple una sanción de inhabilidad para ejercer funciones públicas.

6.2. Regla de decisión

Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso, cuando las autoridades

administrativas expiden – o las autoridades judiciales avalan – un acto administrativo de declaración de insubsistencia del nombramiento de un cargo de provisionalidad, sin que éste presente motivación suficiente para tomar dicha decisión, lo cual constituye un desconocimiento al precedente constitucional.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del accionante y en consecuencia REVOCAR las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A – del 24 de septiembre de 2013, en primera instancia de tutela y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – del 28 de febrero de 2013 en segunda instancia, que negaron el amparo solicitado.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias del Tribunal Superior de Santander del 24 de febrero de 2012 y, del Juzgado Cuarto (4º) del Circuito Administrativo de Bucaramanga del 22 de octubre de 2008, que resolvieron la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el ciudadano Hernán Domínguez Arias contra la Fiscalía General de la Nación.

TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 05335 del 9 de noviembre de 2004, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho ordenar a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor Hernán Domínguez Arias al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro o a uno de igual o superior categoría, sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177, 178 del C.C.A y descontando las sumas que el actor hubiese percibido con cargo al tesoro público entre el momento de la

desvinculación hasta su reintegro o hasta la fecha de supresión del cargo o la vinculación de un nuevo servidor público mediante concurso, según sea el caso. Sin embargo, el reintegro sólo procederá si el cargo que desempeñaba el accionante no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos o no ha sido suprimido. Si ello ocurrió, sólo será procedente el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación del actor hasta la fecha en tuvo lugar la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso o hasta la fecha de supresión del cargo. Adicionalmente, el reintegro sólo procederá en caso en que no exista una sentencia judicial condenatoria y en firme en contra del accionante en la que se contemple una sanción de inhabilidad para ejercer funciones públicas, la cual se encuentre aún vigente.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-916/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Orden de reintegro se debió condicionar a que accionante no hubiere cumplido edad de retiro forzoso (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-3.912.242

Acción de tutela instaurada por Hernán Domínguez Arias contra el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bucaramanga y Tribunal Administrativo del Santander.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala de Revisión en el caso de la referencia, considero que la orden de reintegro debió condicionarse al hecho de que el actor no hubiere cumplido la edad de retiro forzoso. Tal aspecto, resulta esencial en la decisión, pues el cumplimiento de los 65 años de edad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, se encuentra previsto como causal de desvinculación del servicio público.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Auto 349/14

Bogotá D.C., noviembre 11 de 2014

Referencia: corrección de la sentencia T-916 de 2013.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

CONSIDERANDO

1.- El señor Hernán Domínguez Arias interpuso acción de tutela contra el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Administrativo de Santander alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por la decisión de dichos despachos judiciales de no declarar la nulidad del acto administrativo de insubsistencia del accionante, desconociendo el precedente constitucional sobre la necesidad de motivar dichos actos.

2.- La Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y, Sala Segunda de Revisión, en sentencia T-916 de 2013, tuteló el derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia revocó las sentencias de tutela del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección A- del 24 de septiembre de 2012, en primera instancia y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Cuarta- del 28 de febrero de 2013 en segunda instancia, que negaron el amparo solicitado.

3.- En el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia T-916 de 2013, al igual que en el numeral 4.1 de la parte motiva, se estableció que la sentencia de tutela de primera instancia proferida por la Sección Segunda -Subsección A- del Consejo de Estado era del 24 de septiembre de 2013, cuando en realidad es del año 2012.

4.- Esta Corporación ha señalado que cuando en una sentencia se producen errores de este tipo, en virtud del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil[28], estos pueden ser corregidos en cualquier tiempo[29]; sin embargo, aclara la Sala que este código fue derogado por la Ley 1564 de 2012[30], por lo tanto, la norma aplicable al caso concreto es el artículo 286 que, al igual que en la disposición derogada, permite que el juez en cualquier tiempo corrija ese tipo de errores.

5.- En virtud de lo anterior, se corrige que la sentencia de la primera instancia que resolvió la acción de tutela presentada por el señor Hernán Domínguez Arias contra el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Administrativo de Santander fue proferida el 24 de septiembre de 2012.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,

RESUELVE

Primero.- Corregir el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia T-916 de 2013, al igual que el numeral 4.1 de la parte motiva, en el sentido de aclarar que la Sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección A- es del 24 de septiembre de 2012. En consecuencia, el numeral primero del resolutivo, quedará así:

PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del accionante y en consecuencia REVOCAR las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A - del 24 de septiembre de 2012, en primera instancia de tutela y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - del 28 de febrero de 2013 en segunda instancia, que negaron el amparo solicitado.

Notifíquese y cúmplase,

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Magistrado

[1] Copia Acta de Nombramiento del señor Hernán Domínguez Arias del 27 de febrero de 2007. Fl 56 del cuaderno No. 2

[2] Copia Resolución No. 05335. Fl 54 del cuaderno No. 2

[3] Sentencia del Juzgado 4º del Circuito Administrativo de Bucaramanga. Folios 127 a 133 del cuaderno No. 2.

[4] Sentencia del Juzgado 4º del Circuito Administrativo de Bucaramanga. Folios 127 a 133 del cuaderno No. 2.

[5] Sentencia del Tribunal Administrativo de Santander del 24 de febrero de 2012. Folios 142 a 164 del cuaderno No.2.

[6] Sentencia del Tribunal Administrativo de Santander del 24 de febrero de 2012. Folios 142 a 164 del cuaderno No.2.

[7] Escrito de contestación de la acción de tutela. Folios 180 a 184 del cuaderno No. 2.

[8] Escrito de contestación de la acción de tutela. Folio 185 del cuaderno No. 2.

[9] La Fiscalía General de la Nación fue vinculada al proceso mediante auto del 18 de enero de 2013 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Fl 57 del cuaderno No. 2. Escrito de contestación de la tutela Folios 263 a 274 del cuaderno No. 2.

[10] Sentencia de primera instancia. Folios 217 a 227 del cuaderno No.2.

[11] Escrito de Impugnación. Folios 231 a 236 del cuaderno No. 2.

[12] Sentencia de segunda instancia. Folios 284 a 295 del cuaderno No.2.

[13] En Auto del 18 de julio de 2013 de la Sala de Selección de tutela No 7 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su

reparto. Posteriormente, la Magistrada María Victoria Calle manifestó impedimento, el cual fue aceptado por la Sala y se procedió nuevamente a reparto, correspondiéndole al Dr. Mauricio González Cuervo.

[14] De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley”.

[16] Fl 170 del cuaderno No. 2.

[17] Fl 173 del cuaderno No. 2.

[18] Fl. 1 del cuaderno No. 2.

[19] Ibidem.

[20] Sentencia 1033 de 2012.

[21] Sentencia T - 482 de 2011.

[22] Ver ente otras, SU - 917 de 2010, SU - 250 de 1998, T - 204 de 2012, T - 641 de 2011, T - 219 de 2010, T - 1206 de 2004.

[23] Sentencia T - 219 de 2010.

[24] Sentencia T - 204 de 2012.

[25] Sentencia T-147 de 2013.

[26] Fl 29 del cuaderno No. 2.

[27] Fl 54 del cuaderno No. 2.

[28] Decreto 1400 de 1970.

[29] Al respecto, se pueden revisar los siguientes autos: Auto 247 de 2012, Auto 054 de 2001, Auto 316 de 2006, Auto 085 de 2008, Auto 250 de 2008, Auto 060 de 2010 y Auto 084 de 2010.

[30] Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” artículo 286. “Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”