

Sentencia T-951/04

ACCION DE TUTELA-No es el mecanismo para impugnar la legalidad de un acto administrativo

La acción de tutela no es mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad de un acto administrativo, así como no lo es para obtener el reintegro a un cargo del cual el solicitante ha sido desvinculado. La jurisprudencia es clara al señalar que las acciones contenciosas administrativas son las vías judiciales ordinarias de defensa con que cuentan los asociados para enfrentar la ilegalidad de los actos administrativos acusados de vulnerar derechos fundamentales.

REINTEGRO AL CARGO-Improcedencia general de tutela

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Existencia de perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Alcance

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se limita por ocupar cargo de carrera en provisionalidad

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

El acto administrativo de desvinculación de un funcionario que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe justificar la justa causa por la cual se lo separa del mismo, pues los motivos de protección del interés público que pueden aducirse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos. Los actos de remoción de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación -dado el carácter personalísimo del cargo-, pero que los de carrera sí lo requieren, incluso cuando están siendo ocupados por funcionarios en interinidad o provisionalidad.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración por no motivar la desvinculación de funcionaria que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Entidad debe motivar el acto administrativo de

desvinculación

Referencia: expediente T-900588

Peticionario: Luz Myriam Garzon Cardona

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito de Pereira -Sala de decisión laboral-

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Humberto Sierra Porto y Alvaro Tafur Gálvis, ha proferido la presente

S E N T E N C I A

en la revisión del fallo adoptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira en el proceso de tutela adelantado por Luz Myriam Garzón Cardona en contra del Gobernador del Departamento de Risaralda, Carlos Alberto Botero López.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

La demandante asegura que fue nombrada en provisionalidad como Secretaria Código 540-04 en el Despacho del Secretario de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento, cargo de Carrera Administrativa en el que se posesionó el 1º de noviembre de 2002.

Afirma que en enero de 2004 le fue solicitada la renuncia del cargo por solicitud expresa de la Secretaria de Cultura del Departamento y luego por el Director de Recursos Humanos de la entidad territorial.

Como se rehusara a presentar renuncia, pues la demandante afirma que es cabeza de familia

y que requiere del sueldo para subsistir, fue notificada del Decreto 0056 de 19 de enero de 2004, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que venía ejerciendo.

Gracias a que la peticionaria presentó ante el director de Recursos Humanos la prueba de que su hija requería de una cirugía y que, por tanto, era indispensable que aquella estuviera afiliada a la seguridad social, la misma logró dilatar su desvinculación hasta el 30 de enero de 2004. Con todo, el 28 de enero de 2004, en ejercicio del derecho de petición, la demandante solicitó la revocatoria directa del acto administrativo citado, revocatoria que fue despachada desfavorablemente mediante oficio 1-50-10-951.

No obstante, ahora que salió de la entidad, considera que la decisión de la Administración vulneró sus derechos fundamentales por las siguientes razones.

Agrega que quien ocupa un cargo de carrera administrativa se encuentra cobijado por los beneficios de dicha carrera, y sus derechos no pueden ser vulnerados con el argumento de la provisionalidad. Esta circunstancia incluye la necesidad de motivar la desvinculación, tal como lo reconocen las Sentencias T-752 de 2003 y SU-250 de 1998 de la Corte Constitucional, por lo que en la decisión de la Gobernación se vulneró también su derecho al debido proceso.

Adicionalmente, señala que fue la propia Administración la que fijó el término de la provisionalidad al señalar en la resolución de nombramiento que el cargo se ejercería mientras se realiza el proceso de selección necesario, “hasta que el Congreso de la República expida la nueva ley que estructure la comisión nacional del servicio civil para la provisión definitiva del cargo”, hecho que no había sucedido cuando ocurrió su desvinculación.

Advierte que su derecho al mínimo vital se encuentra en peligro, dado que, en su condición de madre cabeza de familia, su salario era todo con lo que contaba para sostenerse y sostener a su hija, que se encuentra enferma y depende económicamente de ella. Igualmente, dice que por esta circunstancia se vulnera su derecho al trabajo.

La demandante solicita que se ordene a la Administración Departamental disponer la revocación del Decreto 0056 del 19 de enero de 2004, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento y, en consecuencia, que se ordene su reintegro inmediato al cargo que venía

desempeñando, con la obligación de cancelarle los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

3. Contestación de la demanda

En respuesta a la demanda de la referencia, la abogada Kathia Milena Quiroz Naranjo, en representación del Departamento de Risaralda, se opuso a las pretensiones de la misma, en los siguientes términos:

Para el Departamento, el acto administrativo que decretó la desvinculación de Luz Myriam Garzón Cardona al cargo que venía desempeñando en la Secretaría de Educación no requería ser motivado, pues la peticionaria lo ejercía en provisionalidad, no en propiedad. En este sentido, afirma que los servidores públicos vinculados en provisionalidad no ostentan los privilegios de la carrera administrativa, así el cargo que ejerzan sea de carrera administrativa y ello implica que el acto de desvinculación no debe motivarse.

Sostiene que la decisión de no motivar el acto administrativo encuentra pleno sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, tribunal para el cual el ejercicio en provisionalidad de un cargo de carrera administrativa no confiere a su titular los privilegios de la carrera administrativa.

Igualmente, señala que la actora llevaba vinculada menos de dos años con la Administración departamental, lo cual indica que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, no estaba amparada por la máxima que invierte la carga de la prueba cuando la Administración decide declarar insubsistente el nombramiento por razones del servicio.

Desde otro punto de vista, el Departamento aduce que si la peticionaria se siente vulnerada en sus derechos, es lo correcto que se dirija a la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de controvertir la decisión adoptada, además de que en el caso particular no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio.

4. Decisión judicial de primera instancia

Mediante Sentencia del 23 de febrero de 2004, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira resolvió positivamente la solicitud de amparo.

Para el juzgado, la tutela de la referencia debía concederse pues la Administración municipal no respetó el debido proceso de la demandante, en la medida en que, cuando le notificó la decisión adoptada, se abstuvo de adjuntar el acto administrativo correspondiente y de señalar los recursos que cabían contra el mismo, además de que el acto no fue motivado.

Adicionalmente, el a quo manifiesta que a pesar de que el derecho al trabajo no es un derecho fundamental, el mismo puede ser amparado cuando por su vulneración se pone en peligro un derecho fundamental. En el caso de la peticionaria -agrega el juez de circuito- la Administración no motivó el acto administrativo de desvinculación, lo cual es violatorio del debido proceso si se tiene en cuenta que no existió ninguna justa causa para disponer la desvinculación de la demandante.

Por la desvinculación denunciada también se vulnera el derecho al trabajo -dice el juez de instancia-, pues a pesar de que nadie tiene derecho a permanecer indefinidamente en un cargo, tampoco puede desvincularse si no existe un motivo suficiente para hacerlo, como podría serlo una razón disciplinaria o el haberse convocado al concurso de méritos para proveer la vacante.

A lo anterior se suma que la actora enfrenta un perjuicio irremediable pues, además de que dependía de su salario, su hija requiere de un tratamiento médico debidamente certificado.

5. Impugnación

Inconforme con la sentencia de instancia, el Departamento de Risarlalda impugnó la providencia en cuestión. Para el Departamento, existe una clara diferencia entre los empleados públicos que se vinculan a la Administración en provisionalidad y los que están en propiedad o en periodo de prueba. La provisionalidad, dice el ente territorial, permite al nominador ejercer su potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, lo cual se encuentra avalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Adicionalmente, como después de la Sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, el único ente habilitado para efectuar los concursos de mérito para proveer los cargos de carrera en propiedad es la Comisión Nacional del Servicio Civil, las entidades administrativas se encuentran imposibilitadas de adelantar los procesos de selección por el sistema de concursos.

La Gobernación asegura que la tesis de que la desvinculación de los empleados de libre

nombramiento y remoción que ocupan provisionalmente un cargo de carrera administrativa no requiere ser motivada se encuentra justificada en la jurisprudencia del Consejo de Estado (especialmente en la providencia de unificación del 14 de agosto de 2003, Sección Segunda, Subsección A, Expediente 4475-02), así como en la del Tribunal Administrativo de Risaralda, algunos de cuyos fallos transcribe. Al mismo tiempo, reconoce que la discrecionalidad para retirar a un funcionario de libre nombramiento y remoción no puede confundirse con la arbitrariedad, pero que, de todos modos, la decisión de desvincularlo no requiere ser motivada.

El impugnante asegura que a pesar de que el a quo aplicó la doctrina de la Corte Constitucional en la materia, la misma Corte acepta que el juez contencioso administrativo es el encargado de definir esta asunto al advertir en sus providencias que la protección al derecho fundamental se otorga de manera provisional mientras el titular del derecho acude a la jurisdicción contenciosa para debatir el caso. En este contexto, el impugnante asegura que constituiría un grave perjuicio para la Administración el que se le confiriera fuero de estabilidad a quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad, pues éstos no han agotado el concurso de méritos que se requiere para ocupar en propiedad el cargo.

Finalmente, afirma que el perjuicio irremediable de la demandante no se evidencia, puesto que el sistema de seguridad social prevé un periodo de protección posterior a la desvinculación que le garantiza la prestación del servicio de salud por un tiempo prudencial mientras consigue volverse a afiliar.

6. Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Risaralda, en decisión del 16 de marzo de 2004, revocó la decisión del juez de primera instancia y, en su lugar, denegó el amparo solicitado.

A juicio del ad quem, en el caso particular la peticionaria tenía abiertas las puertas de la acción judicial contencioso administrativa con el fin de controvertir la legalidad del Decreto 5600 de 2003 por el cual se declaró insubsistente su nombramiento. En tal medida, ya que la demandante contaba con otra vía de defensa judicial idónea y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, la tutela resulta improcedente, tanto más cuanto que la peticionaria no logró demostrar que se enfrentara a un perjuicio irremediable como consecuencia de su desvinculación.

En efecto, la demandante no demostró que el perjuicio enfrentado fuera grave o que requiriera medidas impostergables, a lo cual se suma que por disposición del Gobierno Nacional –con el Decreto 2340 de 2003- se instauró el seguro de desempleo que puede ser reclamado por los colombianos que lo pierdan y sean jefes cabeza de familia, el cual está diseñado para cubrir por seis meses las necesidades básicas de salud, educación y capacitación.

En suma, el Tribunal consideró que el fallo del juez de primera instancia se estructuró sobre bases inciertas, en tanto que no había prueba de que la vida y la salud de la hija de la peticionaria corrieran peligro; además de que desconoció los derechos de la persona que entró a ocupar el cargo de la peticionaria, quien por disposición de la Constitución Política, también tiene derecho a que le sean respetados.

7. Saneamiento de la nulidad procesal por falta de notificación a tercero

Mediante Auto del 26 de agosto de 2004, la Sala Sexta de Revisión de tutelas decidió abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo en el caso objeto de revisión, toda vez que el proceso de tutela de la referencia no había sido notificado a la persona que luego de la desvinculación de la peticionaria había entrado a ocupar su cargo, deficiencia que, según la jurisprudencia constitucional, acarrea la nulidad de las actuaciones.

En memorial del 15 de septiembre de 2004 (folio 116 a 120, cuaderno principal), la señora Juliana María Roldán Gómez intervino en el proceso para sanear la nulidad en mención, además de lo cual se opuso a los cargos de la demanda por considerar que la provisionalidad en el cargo no concede a su titular los mismos derechos que se derivan de la carrera administrativa. Al indicar que viene ocupando el cargo del cual fue desvinculada la peticionaria, la señora Roldán Gómez aseguró que también es madre cabeza de familia, con dos hijos, y que ha desempeñado su cargo de manera responsable, eficiente, ágil y eficaz. Finalmente, advierte que, como lo asegura el Tribunal Superior de Pereira, la peticionaria ya ejerció la acción judicial tendente a obtener el reintegro ante la justicia, por lo que debe ser la jurisdicción administrativa la que desate definitivamente el caso.

La interviniente adjunta documentos que acreditan las condiciones necesarias para ocupar el cargo que viene ejerciendo y solicita a la Corte continuar con el proceso hasta la confirmación del fallo de segunda instancia.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar la sentencia de segunda instancia adoptada en el proceso de la referencia, dado que la nulidad detectada mediante Auto del 26 de agosto de 2004 fue saneada plenamente por voluntad expresa del afectado.

2. Problema Jurídico

El problema jurídico de esta tutela consiste en determinar si la Administración está obligada a motivar el acto administrativo de desvinculación de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa. No obstante, antes de entrar al análisis de ese asunto, la Sala debe determinar si la tutela, en el caso concreto, es procedente.

3. Procedencia de la acción de tutela

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela sólo procede cuando el peticionario no dispone de otro mecanismo de defensa judicial o cuando aquella se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 reitera la preceptiva constitucional, pero agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela no es mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad de un acto administrativo, así como no lo es para obtener el reintegro a un cargo del cual el solicitante ha sido desvinculado.

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia es clara al señalar que las acciones contenciosas administrativas son las vías judiciales ordinarias de defensa con que cuentan los asociados

para enfrentar la ilegalidad de los actos administrativos acusados de vulnerar derechos fundamentales. A este respecto la Corte ha dicho, por ejemplo, que “la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc..) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”¹.

En la misma providencia, la Corte expresó que la idoneidad del mecanismo ordinario se reflejaba incluso en el hecho de que, de acuerdo con el artículo 152º del C.C.A, era posible solicitar la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, frente a la vulneración evidente de la norma jurídica constitucional.² Esta posición se funda, dice la Corte, en que “la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo”³.

Sobre el mismo particular, en Sentencia SU-544 de 2001, la Corte manifestó:

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo de un trabajador que ha sido desvinculado, la Corte ha defendido una posición concordante: la tutela -dice la jurisprudencia- no es el mecanismo adecuado para satisfacer una pretensión de reintegro, pues para ello están dispuestas las vías judiciales ordinarias, una de las cuales es la contencioso administrativa. A este respecto se refirió en la Sentencia SU-250 de 1998, cuando dijo que “la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo”⁴.

Pese a todo lo anterior y dando aplicación precisamente a la preceptiva constitucional, la Corte Constitucional ha dicho que cuando el derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en el mecanismo idóneo para dispensar de manera

transitoria la protección solicitada. En un caso similar al que ahora se analiza, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte, en Sentencia T-756 de 1998, dejó en claro que, frente a la inminente e irremediable vulneración de un derecho fundamental, la tutela se convierte en el mecanismo de defensa principal y prevalente frente a los demás medios de ordinarios de impugnación.

Para reclamar reintegro, existe otro procedimiento, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable. T-576 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial

protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de la tercera edad". (Sentencia T-1316 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) (Subrayas fuera del original)

De acuerdo con lo anterior, para que la tutela interpuesta por Luz Myriam Garzon Cardona prospere, es necesario verificar si ésta se enfrenta a un perjuicio irremediable que sea necesario conjurar.

4. Perjuicio irremediable

En el caso concreto, la demandante asegura que la desvinculación de que fue objeto vulnera su derecho al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital.

En relación con la vulneración al derecho al mínimo vital, representada en la vulneración de los derechos que se derivan de su condición de madre cabeza de familia y de responsable de su hija, quien padece una enfermedad que requiere tratamiento quirúrgico, el juez de segunda instancia aseguró que el perjuicio irremediable no se encontraba suficientemente probado, pues los documentos aportados al proceso no permitían extraer una conclusión sobre el particular.

Ciertamente, en el expediente figuran fotocopias de documentos en los que constan los exámenes realizados a Paula Alejandra Cañas Garzón, hija de la peticionaria, relacionados con la existencia de una "masa compleja de predominio quístico dependiente de ovario izquierdo" (folios 16 a 23). Igualmente, figura la orden médica expedida por un especialista en obstetricia que, en relación con el tratamiento al que dicha patología debe ser sometida, sugiere la resección "prioritaria" del quiste de ovario (Folio 15). En este sentido, respecto del derecho al mínimo vital, pero también del derecho a la salud de la menor, que por requerir de tratamiento prioritario se infiere que compromete su integridad física, el perjuicio irremediable se encuentra comprobado⁵. A ello se suma que la demandante asegura bajo juramento -no desmentido por la parte demandada- que es madre cabeza de familia y que de ella depende la subsistencia de su hija.

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que la tutela de la referencia es procedente, por lo cual entrará a estudiar de fondo la vulneración de los derechos fundamentales alegados.

5. Análisis de la línea jurisprudencial en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad

El conflicto jurídico suscitado en esta tutela ya ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional. El Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en no menos de ocho sentencias. La tesis central de la jurisprudencia pertinente es que el acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe motivarse.

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

Sobre este particular la Corte dijo:

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

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

mientras se hacen los nombramientos en propiedad, previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

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

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

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

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

De manera enfática, la Sala determinó que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.⁶”.

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

En la Sentencia C-734 de 2000 la Sala Plena de la Corte acogió las consideraciones vertidas en la SU-250 de 1998 a propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 19687. Allí advirtió nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe.

Esta posición fue ratificada en la Sentencia T-884 de 2002, cuando la Sala Novena de Revisión de tutelas concedió la protección constitucional a una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación cuya resolución de desvinculación de la entidad, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no fue motivada.

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

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

“Y, a juicio de la Sala, esos criterios del máximo organismo de la jurisdicción contencioso

administrativa sobre la materia que se debate, para nada se oponen en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental y, es en ese sentido y propósito que deben entenderse las afirmaciones de la Corte Constitucional consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998". (Sentencia T-884 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas)

Con posterioridad, en la Sentencia T-610 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de tutelas de la Corte concedió la protección constitucional a la empleada del Hospital departamental de Nariño, quien había sido desvinculada de un cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. La Corte determinó que "la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado"8.

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

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

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

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

Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión⁹, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa. (Sentencia T-752 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas)

Nuevamente, en Sentencia T-1011 de 2003, la Sala Séptima de Revisión de tutelas estudió el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que, aunque reconocía estar ocupando un cargo en provisionalidad, alegaba que el mismo era de carrera y que, por ello, gozaba de cierta estabilidad que consistía en que su desvinculación no podía ser decretada sin motivación alguna. Aunque la tutela fue denegada en aquella oportunidad porque el demandante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte reconoció

que “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen”¹⁰.

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

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

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

Al reiterar la jurisprudencia pertinente, la Corte estableció que “en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos”¹¹.

6. Análisis del caso concreto. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, esta Sala considera que la tutela de la referencia debe ser concedida y, por tanto, revocada la decisión de segunda instancia que la denegó. En este punto, la Sala reitera la posición doctrinaria de la Corte, pues encuentra que los elementos fácticos que describen el conflicto jurídico son similares a los que han sido analizados por ella.

En tal contexto, debe decirse que la peticionaria venía ejerciendo un cargo en provisionalidad en la Gobernación de Risaralda y que la Resolución 0056 del 19 de enero de 2003 de 2004 declaró insubsistente su nombramiento. También es evidente que el acto administrativo de la referencia no contiene motivación alguna, en cuanto que se limita a declarar la insubsistencia y a indicar la fecha de su vigencia. Del mismo modo, la Sala encuentra que no existe elemento de juicio adicional del que pueda deducirse la causa eficiente de la desvinculación, diferente a la simple orden impartida por el Departamento de Risaralda. La Administración Departamental, en su intervención durante el proceso, tampoco esgrimió razón alguna para desvincular a la peticionaria, distinta a la aseveración de que, como se trataba de un cargo de carrera que venía ejerciéndose en provisionalidad, aquella tenía potestad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento.

En tales condiciones, la falta de motivación del acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de Luz Myriam Garzón Cardona es vulneratorio de su derecho al debido proceso y de su derecho de defensa, al tiempo que afecta directamente su derecho al mínimo vital y, por contera, el derecho a la salud de su hija, que depende económicamente de aquella y requiere de una intervención quirúrgica. La vulneración se produce como consecuencia de haberse incumplido con un requisito exigido por la jurisprudencia constitucional, cual es el de la motivación del acto administrativo que ordena la desvinculación.

En reiteración de lo dicho por la Corte, esta Sala concederá de manera transitoria la protección solicitada y, en consecuencia, ordenará a la entidad de derecho público -Departamento del Risaralda- que proceda a motivar el acto administrativo de desvinculación, de acuerdo con las razones -suficientes y consistentes con la normatividad aplicable- que condujeron a separar del servicio a la señora Garzón Cardona, con el fin de

que la peticionaria pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir el contenido del acto. La decisión de conceder la tutela con el fin de que la administración justifique su proceder se funda en el hecho de que el juez de tutela -la Sala, en este caso- no cuenta con los elementos de juicio suficientes que le permitan establecer, con toda certeza, si la desvinculación de la peticionaria tuvo un sustento jurídico suficiente o si, simplemente, correspondió al capricho del ente nominador. Lo único que esta Sala echa de menos, en ese sentido, es la motivación del acto.

Finalmente, en caso de que la entidad no cumpliera satisfactoriamente con esta obligación, la misma deberá reintegrar a la peticionaria a un cargo equivalente de la administración departamental, pues la Sala advierte que el que venía ejerciendo ya está siendo ocupado por otra persona, cuya estabilidad no puede verse afectada por irregularidades en que incurra la administración departamental.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 16 de marzo de 2004 por el Tribunal Superior del Distrito de Risaralda -Sala de Decisión Laboral-, y en su lugar CONFIRMAR la decisión de primera instancia, proferida el 23 de febrero de 2004 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante la cual se concedió transitoriamente el amparo solicitado por la peticionaria Luz Myriam Garzón Cardona.

Segundo.- ORDENAR a la Gobernación de Risaralda que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a dictar el acto administrativo correspondiente a la motivación de la declaración de insubsistencia del nombramiento de la peticionaria en el cargo que venía ejerciendo. En caso de que la Gobernación de Risaralda incumpliera con la obligación de señalar las razones -ajustadas a derecho- de la desvinculación, la misma deberá reintegrar a la peticionaria a un cargo equivalente al que venía ocupando.

Tercero.- ADVERTIR a la peticionaria que contra el acto administrativo dictado por el Departamento de Risaralda, podrá ejercer las acciones contencioso administrativas

pertinentes, en los términos indicados por el C.C.A. Para tales efectos, los términos empezarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

Cuarto. LEVANTAR la suspensión de los términos decretada para decidir el presente asunto.

Quinto.- Por Secretaria General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-343 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

2 Ibídem

3 Sentencia T-575 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

4 Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

5 Cfr. Con la Sentencia T-800 de 1998, por la cual la Corte resolvió un caso similar al apreciar que la peticionaria y su hijo se enfrentaban a un perjuicio irremediable con la desvinculación

de la primera.

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

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

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

9 Ver folio 8 del cuaderno 2 del expediente.

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

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