

NOTA DE RELATORIA. Mediante auto 381 de fecha 4 de diciembre de 2014, el cual se anexa en la parte final de esta providencia, se declara la nulidad parcial de la misma, respecto de la modalidad de indemnización señalada en el numeral sexto de su parte resolutive.

Sentencia T-961/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Reiteración de jurisprudencia

Se configura la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, cuando el Juez de la República en el caso concreto: (i) aplica disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad o (ii) aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; así mismo, (iii) cuando contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad y por último, (iv) cuando desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Falta de motivación del acto de desvinculación de provisionales

Esta Corporación, en sentencias de constitucionalidad, de unificación y en fallos de tutela ha reiterado la obligación que tiene la administración de motivar los actos de desvinculación o de declaración de insubsistencia de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, ello con el fin de garantizar a los afectados los derechos fundamentales de defensa y debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que si bien la Constitución y la ley han autorizado a la Administración Pública para que realice nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, con el fin de obtener una eficiente prestación del servicio, esto no es óbice para que una vez desplegada dicha facultad, la entidad cumpla con el deber de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios que se encuentren en los referidos cargos.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR FALTA DE MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN

CARGOS DE CARRERA-Reiteración sentencia SU917/10

Referencia: expediente T-2.706.372

Demandante: Mariella Santos Vega

Demandados: Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida en segunda instancia, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el seis (6) de mayo de dos mil diez (2010), que confirmó la sentencia dictada en primera instancia, por la Sección Quinta de la mencionada corporación, el veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010), dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009), la señora Mariella Santos Vega impetró, mediante apoderado, acción de tutela en contra del Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por haber proferido las sentencias de 27 de noviembre de 2008 y de 6 de agosto de 2009, notificada por edicto desfijado el 20 de agosto de ese año, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por ella en contra de la Nación, Fiscalía General de la Nación.

La peticionaria manifiesta que la acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

2.1. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó declarar la nulidad de la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM, que le fue comunicada personalmente el 28 de abril de 2005.

2.2. Pidió que, como consecuencia de la anterior declaración se le ordenara a la Fiscalía General de la Nación reintegrarla a un cargo de igual o superior jerarquía a aquél cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, condenar a la Fiscalía al pago de todos los emolumentos dejados de percibir, consistentes en salarios, primas, cesantías, intereses de cesantías y, en general, todas las prestaciones sociales que fueran consecuencia del salario o factor del mismo, debidamente indexados, así como dar a la sentencia proferida el cumplimiento establecido por los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, al igual que los parámetros consignados en la Sentencia C-188 de 1999, proferida por la Corte Constitucional y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.3. Sostiene que, tanto en la demanda, como en su adición, se afirmó y demostró que estuvo vinculada a la Fiscalía General de la Nación mediante nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, como fiscal delegada ante los jueces penales del circuito especializados y adscrita a la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM.

2.4. Agrega haber alegado que por estar nombrada en provisionalidad, en un cargo de carrera administrativa, no podía ser desvinculada sin que se motivara el acto administrativo, en aras de garantizar el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de publicidad, pues la falta de motivación contradice el precedente constitucional reiterado desde 1993 en jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.5. A continuación transcribe la Resolución carente de motivación, cuyo tenor, de conformidad con esa transcripción es el siguiente:

“RESOLUCIÓN No. 0-1592

22 ABR. 2005

Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

En uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar insubsistente el nombramiento de MARIELLA SANTOS VEGA, con cédula de ciudadanía 41.485.780 del cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES ESPECIALIZADOS, de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e interdicción marítima.

(...)”

2.6. Manifiesta que también se expuso como causal de nulidad la desviación de poder, por parte del nominador, pues la causa de su desvinculación fue “los sentimientos de animadversión de la inmediata superior” hacia ella, aspecto corroborado mediante oficio en el cual le imputó “una serie de irregularidades, que ésta desvirtuó dentro del proceso contencioso, con documentos públicos signados por los mismos funcionarios a quienes la superiora citó como fuente de información, que no fueron tenidos en cuenta, ni estudiados ni analizados por ninguna de las dos instancias”.

2.7. De la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la accionante contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima, UNAIM, conoció, en primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia proferida el 27 de noviembre de 2008 negó las pretensiones de la demanda, lo anterior, al considerar que el Fiscal General de la Nación fue revestido por la ley con la facultad discrecional para determinar libremente el retiro de los empleados que no se encuentren escalafonados en el sistema de carrera, ya sea por haber ingresado

mediante un nombramiento provisional o mediante un nombramiento de libre remoción.

Así mismo, el a quo en su providencia reafirmó la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la procedencia del retiro discrecional sin motivación expresa, en cualquier momento, de un empleado vinculado provisionalmente, teniendo en cuenta que a estos no les asiste ningún fuero de estabilidad, que obligue a la administración a mantener su vinculación hasta tanto se provea el cargo mediante concurso de meritos o el empleado sea objeto de una sanción disciplinaria.

Inconforme con la anterior decisión, en tanto que en su criterio la sentencia se apartó del precedente constitucional que señala el deber del nominador de motivar el acto de desvinculación de los servidores públicos que ocupen un cargo de carrera en provisionalidad, la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el fin de que dicha providencia fuera revocada, y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

2.8. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al resolver la impugnación, en sentencia de 6 de agosto de 2009, decidió confirmar íntegramente el pronunciamiento del a quo, al determinar “que la decisión de retiro no está viciada de nulidad por el hecho de que no se haya señalado en el mismo, las razones de su retiro, pues como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, no existe norma legal que exija tal ritualidad en tratándose del retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, lo que no significa que el acto no tenga motivos”.

Así mismo, dicho Tribunal adujo que cuando la administración ejerce la facultad discrecional para separar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad se supone que se debe a motivos de mejoramiento del servicio, presunción que, por tener el carácter legal, admite prueba en contrario, siempre que ésta tenga la capacidad y vigencia suficiente para demostrar que con el acto de retiro se persiguió una finalidad diversa.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

Después de exponer los hechos, en la demanda se alude a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales; se dedica un apartado a la “vía de hecho” y, a continuación, se presentan “los aspectos sobre los que recae la acción de tutela”.

La demandante estima que las sentencias cuestionadas violan el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución, porque se negaron a reconocer que la resolución por la cual fue desvinculada “ha debido ser motivada, esto es, contener las causas que justificaban la separación de su cargo, por cuanto nombrada en provisionalidad ejercía un cargo de carrera administrativa”.

Con fundamento en lo anterior añade que ha habido desconocimiento del precedente constitucional y omisión de las razones del disenso y que el Juzgado y el Tribunal demandados han incurrido en vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial, sentado por la Corte Constitucional y según el cual “los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no pueden ser retirados del cargo sin que se motive el acto de desvinculación, por cuanto de no motivarse éste, se violan los derechos fundamentales del debido proceso, derecho de defensa y publicidad”, precedente contenido en varias sentencias de las cuales hace citas.

Sostiene que los despachos demandados incurrieron en vía de hecho, ante la negativa de aceptar el desvío de poder con que fue dictada la resolución acusada, estando éste demostrado por ser “protuberante el hecho determinante del mismo”, ya que, de una parte, se reconoce que los cargos formulados contra la actora fueron desvirtuados por los oficios emanados de los funcionarios señalados por la jefe de la UNAIM, como fuente de información, “simultáneamente se niegan a declarar probado, como lo imponía el deber procesal la animadversión de la superiora jerárquica, ejercida contra la accionante” y también se niegan “a aceptar que la actuación de aquella fue el motivo de la desvinculación del servicio, dado el hecho de que haciendo gala de su cercanía a las directivas de la institución, según sus propias palabras, informó a éstas las supuestas irregularidades, tal como se aprecia en la manifestación que ella hiciera en su comunicación 1400 - UNAIM”.

Estima que las providencias atacadas incurren en vía de hecho por defecto fáctico, por indebida valoración de las pruebas y por valoración arbitraria del oficio 1400- C-UNAIM y de los oficios de los diferentes funcionarios “que desvirtuaron las falsas aseveraciones de aquél” y agrega que “de haber sido valorados correctamente los documentos citados, la decisión hubiera sido la declaratoria de nulidad por desviación de poder”.

A su juicio, el defecto fáctico también se configura “al desconocer la animadversión de la jefe

de la UNAIM contra la actora y la relación causa efecto entre la información falsa, fruto de sus sentimientos, y la resolución de insubsistencia” y, además, por ser valorados arbitrariamente, tanto el oficio 1400 C-UNAIM, como los oficios que desvirtuaron las acusaciones en él contenidas, “porque no obstante estar plenamente probada la inconsistencia de éstas, ex post facto a la desvinculación del servicio”, los despachos demandados “se negaron a considerarlas como persecución laboral o animadversión por parte de la jefe de la UNAIM, como también su injerencia directa en la expedición de la resolución de insubsistencia”.

Asevera que la arbitrariedad en la valoración de la prueba condujo a ignorar “el nexo causal entre la información falsa ante las directivas institucionales por parte de la jefe de la UNAIM y la resolución de desvinculación de la accionante” e insiste en que la correcta valoración de las pruebas, necesariamente habría llevado a declarar la nulidad por desviación de poder.

Acto seguido señala que ante la declaración de insubsistencia, se dirigió al Director Nacional de Fiscalías, solicitándole información acerca de su desempeño y que en la comunicación 1400 C- UNAIM la Jefe de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima formuló diferentes acusaciones y señaló como fuente de información “las quejas que supuestamente habían sido elevadas ante ellas por funcionarios de la Unidad a la que estaba adscrita”.

Añade que se dirigió a los funcionarios citados, mediante sendos derechos de petición, quienes “en su totalidad los negaron, desvirtuando cada una de las afirmaciones de la precitada funcionaria” y que a pesar de haber sido reconocido en la sentencia de segunda instancia que el oficio citado contenía varios cargos contra la actora y que éstos fueron desvirtuados por los funcionarios señalados como fuente de la información, “la misma sentencia se niega a declarar probada la evidente animadversión existente contra la accionante al igual que ser esta animadversión la causa de las falsas imputaciones elevadas ante las directivas que determinaron la desvinculación”.

Afirma que existe vía de hecho por defecto fáctico, ya que la valoración de las pruebas fue indebida y, particularmente, en lo que tiene que ver con el oficio 1400 C-UNAIM y los oficios de los diferentes funcionarios que demostraron la falsedad de las aseveraciones contenidas en aquél, lo cual se tradujo en desconocimiento del nexo causal entre el acoso laboral y la decisión del nominador en la separación del cargo.

Después de transcribir un segmento del oficio 1400 C-UNAIM, la demandante considera que los sentenciadores de primera y segunda instancia incurrieron en vía de hecho por defecto fáctico, porque omitieron “considerar que la jefe inmediata de la accionante, sí se comunicó con el Vicefiscal General de la Nación para quejarse de la actora” y “se negaron a ver el indicio necesario del oficio 1400 C-UNAIM demostrativo de la injerencia directa y determinante” de la Jefe de la UNAIM en el acto de la desvinculación del servicio de la accionante.

Señala que de haber valorado en forma integral los oficios que desvirtuaron las acusaciones y a su vez la información a las directivas de los falsos cargos, las conclusiones serían diferentes, pues se demostró la falsedad de la información puesta en conocimiento del Vicefiscal General de la Nación y, pese a ello, la actora quedó descalificada, al punto que la reacción de las directivas fue la resolución de insubsistencia que se produjo 15 días después del 3 de abril, fecha para la cual se afirmó que la demandante “se había negado en tres ocasiones a asistir al turno”.

Considera que se configuró error de hecho “por no valorar la demostración de ser falsa la información que en contra de la accionante fuera trasladada por la jefe de UNAIM a las directivas institucionales” y que, adicionalmente, se configura una vía de hecho por indebida apreciación de las pruebas, pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “al avalar acusaciones abstractas dirigidas al futuro”, avaló “un cargo futuro y abstracto que nunca sucedió”, pues habiendo aceptado que los oficios obrantes en el proceso demostraron la inconsistencia de las irregularidades, tomó partido en contra de la actora y aceptó como cierto “un cargo abstracto, formulado a futuro por la Jefe de la UNAIM a más no poder, vulnerando con ello de plano el derecho de defensa y el debido proceso”.

El Tribunal, entonces, “negándose a aceptar la demostración del acoso laboral”, concluyó que “el motivo de la desvinculación laboral fue el ejercicio de la facultad discrecional del nominador y no las quejas contenidas en el Oficio 1400 C-UNAIM” y “simultáneamente reconoce en forma tácita que su contenido fue la causa de la insubsistencia”, al afirmar que “la actora no desvirtúa la perturbación del servicio que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante”, refiriéndose al cargo abstracto de que posiblemente la Dra. Santos Vega no asistiría a su turno del 3 de abril, con lo cual “da por hecho la perturbación del servicio que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante”, pese a que “la

actora sí asistió al turno de ese 3 de abril”.

El Tribunal demandado consideró que la prueba aducida solo demuestra la asistencia de la demandante en esa fecha, pero no desvirtúa la perturbación del servicio “que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante como se indicó en el oficio demandado” y la accionante considera que esta afirmación surge “sin sustentación válida” pues si el Tribunal afirma que las quejas de la Jefe de la UNAIM no fueron el motivo de la insubsistencia, no se explica por qué “le dio credibilidad per se, sin ser procesalmente posible, al cargo de la posible inasistencia de la actora a su lugar de trabajo en esa fecha y que como se observa es una censura a futuro de una eventual o hipotética perturbación del servicio, que nunca se presentó”.

A juicio de la demandante, esta última circunstancia genera una vía de hecho por errónea y arbitraria apreciación de pruebas, pues si el fallador sostiene que “no encontró irregularidades en la conducta de la accionante”, mal podía aceptar “eventuales perturbaciones del servicio, referidas al futuro y en abstracto y de las cuales no pudo predicar que acaecieron como tampoco concretar en qué hubieran consistido de haberse presentado”, a más de lo cual se negó a aceptar la animadversión de la jefe que sí estaba probada y que la llevó a comunicar a las directivas institucionales esa eventual perturbación futura, a sabiendas de que nunca iba a ocurrir.

Con fundamento en lo anterior, la demandante solicita:

“SEGUNDO.- Como consecuencia, dejar sin valor y sin efectos las providencias proferidas por el Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, ordenar dictar sentencia conforme a las pruebas obrantes en el plenario, respetando el debido proceso, derecho de defensa e igualdad”.

4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue conocida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, corporación que, en auto de dieciocho (18) de enero de dos mil diez (2010), resolvió admitirla y correr traslado al Juzgado Primero Administrativo de Bogotá y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

Así mismo, el Alto Tribunal ordenó poner en conocimiento del Fiscal General de la Nación la acción de amparo de la referencia, para que, si lo consideraba necesario interviniera en la actuación.

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, guardó silencio frente a los requerimientos hechos por la Corporación.

4.1. Fiscalía General de la Nación

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, en nombre de la entidad se opuso a las pretensiones de la demandante y al efecto expuso que la procedencia de la acción de tutela es excepcional y que, según jurisprudencia del Consejo de Estado “la simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa”, motivo por el cual, quien sea designado en provisionalidad “no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio”, aunque la Corte Constitucional mantiene una posición contraria.

Señala que es bueno recordar que “la Corte Constitucional, en pronunciamientos reiterados, ha establecido cómo las diferentes tendencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que este tiene y que la misma Constitución Política consagra”, posición que “en este caso concreto tiene más vigencia que nunca, pues el demandante pretende imponer su particular criterio hermenéutico sobre hechos comentados en tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez ordinario”, cuya argumentación es clara, concisa y congruente, sin que haya lugar a crear una instancia judicial más, en contra del carácter subsidiario de la acción de tutela.

4.2. Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera

La juez a cargo del despacho judicial hizo un recuento de la actuación procesal adelantada, desde cuando llegó la demanda, “por reparto de descongestión”, hasta la sentencia que, en primera instancia, fue dictada el 27 de noviembre de 2008, tras haberse determinado que aún cuando la actora “se encontraba en un cargo de carrera, dicha ocupación se desarrollaba en provisionalidad”.

Señala que de acuerdo con la Ley 443 de 1998, “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, era “totalmente lícito efectuar nombramientos provisionales como mecanismo para proveer los cargos de carrera que se encontraran vacantes”, mientras se efectuaba el concurso correspondiente.

Añade que la parte demandada probó que “la declaratoria de insubsistencia obedeció efectivamente a criterios de mejoramiento del servicio”, pues pese a que la demandante en tutela probó “trayectoria académica, capacitación y responsabilidad en sus gestiones”, quien la reemplazó “demuestra también alto grado de capacitación y trayectoria, ya que acredita seminarios, postgrados y cartas de felicitación por gestiones realizadas”.

5. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, y que forman parte del expediente correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se cuestiona, son las siguientes:

* Poder especial, amplio y suficiente otorgado a una abogada por la señora Mariella Santos Vega para que, en su nombre y representación, presentara acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda (Folio 1).

* Copia simple de la Sentencia de seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009), proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución 0-1592 de 22 de abril de 2005, mediante la cual, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima (Folios 2 a 17).

* Copia simple de la Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008), proferida, en primera instancia, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución 0-1592 de 22 de abril de 2005, mediante la cual, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima (Folios 18 a 38).

* Copia simple del escrito que contiene los alegatos de conclusión presentados por el apoderado judicial de la demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado ante el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá (Folios 65 a 71).

* Copia simple del Oficio N° STGR03917 de 22 de abril de 2005, por medio del cual la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación comunica a la Doctora Mariella Santos Vega la Resolución N° 0-1592 (Folio 72).

* Copia simple de la Resolución N° 0-1592 de 22 de abril de 2005, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación declara insubsistente el nombramiento de la señora Mariella Santos Vega del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima (Folio 73).

* Copia simple del Oficio N° 1400 -UNAIM de 23 de agosto de 2005, por medio del cual, la Jefe de la Unidad Nacional de Antinarcóticos y de Interdicción Marítima de la Fiscalía General de la Nación informa el desarrollo de la gestión de la Dra. Mariella Santos Vega en el cargo de Fiscal Especializada adscrita a la referida Unidad y como Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata (Folios 74 a 79).

* Copia simple de los Oficios N° 11.197, 00175, 2057, 748, 7885, 563, 739, mediante los cuales, varias dependencias de la Fiscalía General de la Nación contestan peticiones presentadas por la señora Mariella Santos Vega (Folios 80 a 93).

II. DECISIONES JUDICIALES

1. Primera instancia

Mediante sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010), la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió rechazar “por improcedente” la acción de tutela impetrada.

La Sección estimó que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, mediante Sentencia C-543 de 1992 que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y añade que aún cuando, por medio de la Sentencia T- 173 de 1993, la Corte introdujo la posibilidad de ejercer la acción de tutela en contra de providencias judiciales y, con posterioridad, ha elaborado una teoría sobre las causales genéricas de procedencia, el Consejo de Estado “ha sostenido la improcedencia de la acción de tutela respecto de las providencias judiciales, pues ha considerado que su aceptación implica el desconocimiento de los principios de la cosa juzgada, la seguridad jurídica e incluso la independencia de los jueces consagrada en el artículo 228 de la Carta Política, posición que mantiene a pesar del desarrollo jurisprudencial elaborado por la Corte Constitucional en torno al tema”.

2. Impugnación

Durante el término otorgado para el efecto, la apoderada judicial de la señora Mariella Santos Vega, mediante escrito de dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010), impugnó la anterior decisión. Sustentó la alzada manifestando que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido un tema ampliamente debatido por la Corte Constitucional, en cuyas decisiones ha reconocido su carácter excepcional, a partir del cumplimiento de los requisitos generales y especiales establecidos para dicho efecto, dentro de los que se destaca el desconocimiento del precedente, cuando la autoridad judicial se aparta de los

precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.

3. Segunda instancia

Mediante sentencia del seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo impugnado.

Estimó el juez de segunda instancia que la Sección Primera “ha sido partidaria de tramitar las acciones de tutela en primera y segunda instancia cuando en ellas se controviertan providencias judiciales por supuestas vías de hecho”, pero que tal posición fue rectificada por la Sala, de modo que “solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala ha venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados”.

Respecto del caso concreto apuntó que “no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales como las aquí controvertidas, dictadas en procesos en el (sic) que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer los derechos que les asisten, razón por la que se dispondrá negar por improcedente la acción de tutela en la parte resolutive de esta providencia”.

III. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante Auto de nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso y proveer como corresponde en el presente caso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: SOLICITAR, al Juzgado primero Administrativo de Bogotá que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, remita con destino a esta Sala de Revisión, el expediente completo del proceso de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 250002325000200507885, iniciado por la señora Mariella Santos Vega, contra la Fiscalía

General de la Nación.

SEGUNDO: SUSPENDER los términos del presente proceso hasta tanto la prueba solicitada sea remitida y analizada por esta Sala de Revisión.

2. La Secretaría General de la Corte Constitucional, el 11 de enero de 2011, informó al Magistrado Ponente sobre la recepción de la prueba solicitada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisión proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el seis (6) de mayo de dos mil diez (2010), dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la reseña fáctica expuesta, en esta oportunidad le corresponde a la Sala de Revisión determinar, si en el caso objeto de estudio, se configura la casual de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, atribuida por la accionante al fallo emitido el 6 de agosto de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó la providencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, el 27 de noviembre de 2008, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada contra la Fiscalía General de Nación.

A efecto de resolver la cuestión planteada, la Sala de Revisión realizará un análisis jurisprudencial sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y (ii) el deber del nominador de motivar los actos administrativos de desvinculación de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia

En reiterada jurisprudencia¹ esta Corporación ha señalado que el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales debe ser excepcional y restrictivo, ello, en razón de la necesidad de respetar el principio de cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez².

Así las cosas, solo será procedente la acción de tutela contra providencias judiciales “en aquellos eventos en que se establezca una actuación del juzgador, manifiestamente contraria al orden jurídico y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En estos casos, el control en sede de amparo constitucional se justifica, toda vez que los pronunciamientos judiciales que no se ajustan a las reglas preestablecidas, y que afectan de forma indebida los derechos fundamentales, constituyen en realidad una desfiguración de la actividad judicial, que termina por deslegitimar la autoridad confiada al juez para administrar justicia, y que debe ser declarada constitucionalmente para dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los derechos fundamentales de los administrados”³.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha señalado los eventos y las condiciones que deben presentarse para que sea posible controvertir las decisiones judiciales por vía de la acción de tutela, de manera excepcional. Así, en la Sentencia C-590 de 2005⁴, proferida con fundamento en los precedentes recogidos a partir de la Sentencia C-543 de 1992⁵, y reiterada en pronunciamientos posteriores, la Corte señaló los requisitos generales y causales especiales para su procedencia.

Respecto de los primeros, denominados también requisitos formales, indicó que se trata de aquellos presupuestos cuyo cumplimiento forzoso es condición necesaria para que el juez constitucional pueda entrar a valorar de fondo el asunto puesto en su conocimiento. En cuanto a los segundos, llamados requisitos materiales, señaló que corresponden, específicamente, a los vicios o defectos presentes en el fallo judicial y que constituyen la fuente de vulneración de los derechos fundamentales⁶.

Así, de conformidad con la aludida providencia, para que un fallo dictado por cualquier Juez de la República pueda ser objeto de cuestionamiento mediante el ejercicio de la acción de tutela, se requiere que le anteceda el cumplimiento de los requisitos generales que a

continuación se exponen:

“a. 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 jurisdicciones⁷. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. 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 irremediable⁸. 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. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. 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 vulneración⁹. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. 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 actora¹⁰. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la

anulación del juicio.

e. 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 posible¹¹. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹². Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”¹³ (Negrilla fuera del texto original).

Después de verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela debe determinar si en el caso particular y concreto se configura cualquiera de las causales especiales de procedibilidad o defectos materiales fijados por la jurisprudencia constitucional. Los mismos han sido reiterados recientemente por esta Sala de Revisión, en la Sentencia T-018 de 2011¹⁴, de la siguiente manera:

“a. Defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

b. Defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender

a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

Así, por ejemplo, la Corte ha encontrado que se configura un defecto procedimental, en los siguientes casos: (i) cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. Sin embargo, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, o si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real, lo cual puede ocurrir porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios, no procederá la tutela; (ii) cuando existe una dilación injustificada, tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del juez; cuando la autoridad judicial pretermite la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada; y (iii) cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal, se produjo como consecuencia de una clara deficiencia en la defensa técnica, siempre que sea imputable al Estado.

c. Defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, la Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

En punto a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para

configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha fijado los siguientes criterios de aplicación:

* La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio.

* Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima.

* Para que la acción de tutela pueda proceder por error fáctico, '[e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto'15.

d. Defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe

dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

e. Error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

f. En una decisión sin motivación. Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.

g. En desconocimiento del precedente judicial. Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.

h. En violación directa de la Constitución. La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta”.

De conformidad con lo expuesto, cabe señalar que la acción de tutela, como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, procede excepcionalmente para controvertir el sentido y alcance de las decisiones judiciales, cuando en el caso concreto: (i) se cumpla con los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se advierta que la providencia cuestionada incurrió en una o varias de las causales específicas, y (iii) se determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que implica la amenaza o la vulneración de derechos fundamentales¹⁶.

En ese orden de ideas, pasará la Sala a abordar el estudio de la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, atribuida por la accionante al fallo emitido, el 6 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó la providencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, el 27 de noviembre de 2008, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada contra la Fiscalía General de Nación.

3.1 El desconocimiento del precedente constitucional como causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la actividad interpretativa que realizan los Jueces de la República sobre las normas jurídicas, con base en el principio de autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y a otras disposiciones constitucionales que disponen criterios vinculantes para la interpretación del derecho. De tal manera que para ofrecer un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha fijado el órgano unificador.

Así las cosas, esta Corporación en su jurisprudencia ha utilizado “los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *Decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si

la norma debe salir o no del ordenamiento en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o 'dichos de paso', no tienen poder vinculante, sino una 'fuerza persuasiva' que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación"¹⁷

4. El deber del nominador de motivar los actos administrativos de desvinculación de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad. Reiteración de Jurisprudencia

Esta Corporación, en sentencias de constitucionalidad, de unificación¹⁸ y en fallos de tutela¹⁹ ha reiterado la obligación que tiene la administración de motivar los actos de desvinculación o de declaración de insubsistencia de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, ello con el fin de garantizar a los afectados los derechos fundamentales de defensa y debido proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que si bien la Constitución y la ley han autorizado a la Administración Pública para que realice nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, con el fin de obtener una eficiente prestación del servicio, esto no es óbice para que una vez desplegada dicha facultad, la entidad cumpla con el deber de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios que se encuentren en los referidos cargos.

Así las cosas, esta Corporación en Sentencia de Unificación 917 de 2010 consideró: "En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas²⁰.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de

publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

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

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que 'las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional²¹, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyados en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores..."²².

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

Así mismo, en la sentencia glosada la Corte Constitucional reafirmó el deber del nominador de explicar de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión, para que el acto de retiro se considere

motivado.²³ En ese orden de ideas, sólo se podrán aducir como argumentos para la declaratoria de insubsistencia: (i) la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, (ii) la imposición de sanciones disciplinarias, (iii) la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando el funcionario concreto.²⁴ Lo anterior, con el fin de que el administrado cuente con los elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción contenciosa a formular la correspondiente demanda, ya que de hacer lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso.

Ahora bien, las referencias genéricas aludidas como motivos para la declaratoria de insubsistencia acerca de: (i) la naturaleza provisional de un nombramiento o (ii) al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa o (iii) la invocación del ejercicio de una inexistente facultad discrecional o (iv) la simple cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario que ocupe un cargo de carrera de manera provisional²⁵.

Sobre el particular, la Ley 938 de 2004 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación” en sus artículos 70 y 76 autorizó el nombramiento excepcional de los cargos de carrera en provisionalidad y, a su vez, estableció que el retiro de los mismos debía ser mediante acto motivado.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-279 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004, respecto del último “en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”.

En ese orden de ideas, cuando una autoridad judicial afirma que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad y, con ese fundamento, se abstiene de anular dichos actos, se configura una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional²⁶ al contradecir de forma abierta la ratio decidendi de la jurisprudencia que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte

Constitucional en este punto como interprete máximo de la Constitución²⁷.

5. Análisis del caso concreto

5.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Encuentra la Sala que en el presente asunto, se cumplen en su totalidad los requisitos generales de procedibilidad de esta acción de tutela y que habilitan, en sede de revisión, un análisis de fondo de los hechos materia de controversia.

En efecto, se observa que la cuestión que se discute resulta (i) de indudable relevancia constitucional, toda vez que se persigue la protección eficiente de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad, presuntamente trasgredidos como consecuencia de una decisión judicial que ha cobrado firmeza; (ii) también es claro que dentro del proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante desplegó todos los mecanismos de defensa judicial a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales, pues contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá, interpuso recurso de apelación, tramitado y resuelto mediante sentencia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, siendo esta última providencia la que es objeto de discusión en sede de tutela. En este punto específico es conveniente precisar que, aún cuando por expreso mandato del artículo 185 del Código Contencioso Administrativo, contra las sentencias dictadas por los Tribunales Contenciosos Administrativos en segunda instancia, procede el recurso extraordinario de revisión, no es posible invocarlo en el presente asunto, toda vez que éste no se enmarca en ninguna de las causales de procedibilidad que prevé el artículo 188 de la citada norma; (iii) adicionalmente, se tiene que la acción de tutela de la referencia fue promovida en un término razonable y proporcional al hecho que originó la presunta vulneración, pues tan sólo transcurrieron cuatro (4) meses desde la fecha en que se dictó la sentencia censurada y la presentación de la acción de tutela; (iv) del mismo modo, considera la Sala que la demandante identificó claramente los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración alegada y los derechos fundamentales presuntamente infringidos, aspectos que fueron abordados en el trámite contencioso administrativo; (v) finalmente, es patente que la sentencia objeto de discusión no corresponde a un fallo de tutela.

En ese orden de ideas, pasará la Sala a abordar solo el estudio de la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, atribuida por la accionante al fallo emitido, el 6 de agosto de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó la providencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, el 27 de noviembre de 2008, que, a su vez, negó las suplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada contra la Fiscalía General de Nación. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sala de Revisión no entrará a analizar la segunda causal especial de procedibilidad alegada por la accionante, correspondiente al defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas que corroboran la supuesta desviación de poder del nominador para proferir el acto de retiro, ello en razón a que se desconocen los motivos por los cuales el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la accionante del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, ya que en la Resolución N°0-1592 de 2005 no fueron plasmados.

5.2. Cumplimiento de la causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que se configura la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, cuando el Juez de la República en el caso concreto: (i) aplica disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad o (ii) aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; así mismo, (iii) cuando contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad y, por ultimo, (iv) cuando desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.

Así las cosas, para el caso concreto se encuentra acreditado (i) que la accionante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación, (ii) que dicho nombramiento fue declarado insubsistente por el nominador mediante Resolución N°0-1592 de 2005, (iii) que en dicho acto administrativo no se plasmaron las razones por las cuales se retiraba del servicio a la actora, (iv) que con ocasión de lo anterior, la señora Mariella Santos Vega instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el mencionado acto

administrativo, (v) que del referido proceso conoció, en primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá, despacho que, mediante providencia de 27 de noviembre de 2008, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que el Fiscal General de la Nación fue revestido por la ley con la facultad discrecional para determinar libremente el retiro de los empleados que no se encuentren escalafonados en el sistema de carrera, ya sea por haber ingresado mediante un nombramiento provisional o mediante un nombramiento de libre remoción. Así mismo, reafirmó la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la procedencia del retiro discrecional sin motivación expresa, en cualquier momento, de un empleado vinculado provisionalmente, teniendo en cuenta que a estos no les asiste ningún fuero de estabilidad, que obligue a la administración a mantener su vinculación hasta tanto se provea el cargo mediante concurso de méritos o el empleado sea objeto de una sanción disciplinaria, (vi) que, inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, mediante sentencia de 6 de agosto de 2009, confirmó íntegramente el pronunciamiento del a quo, al determinar “que la decisión de retiro no está viciada de nulidad por el hecho de que no se haya señalado en el mismo las razones de su retiro, pues, como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, no existe norma legal que exija tal ritualidad en tratándose del retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, lo que no significa que el acto no tenga motivos”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010 señaló: “los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004).). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia”.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto

grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ha ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005).

En ese orden de ideas, la Sala de Revisión advierte que cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca afirma en la providencia de 6 de agosto de 2009 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la accionante contra la Resolución No. 0-1592, que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad y con ese fundamento se abstiene de anular dicho acto, se configura la causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional²⁸ al contradecir de forma abierta la ratio decidendi de la jurisprudencia que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como interprete máximo de la Constitución²⁹.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte revocará el fallo de tutela de 6 de mayo de 2010, proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó el dictado, el 25 de febrero del mismo año, por la Sección Quinta de esa misma Sala, que resolvieron no amparar los derechos fundamentales invocados por la demandante.

Así mismo, esta Corporación dejará sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 6 de agosto de 2009, que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, el 27 de noviembre de 2008, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora Mariella Santos Vega contra la

Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima, UNAIM. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución N°0-1592 de 22 de abril de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ahora bien, respecto al reintegro de la accionante al cargo desempeñado, esta Sala de Revisión advierte que éste solo será procedente en caso de que no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de meritos, así mismo, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones, a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro si es procedente o hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor publico mediante el sistema de concurso, como lo determinó esta Corporación en la sentencias SU-917 de 2010 y T-656 de 2011.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo de tutela de 6 de mayo de 2010, proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó el dictado, el 25 de febrero del mismo año, por la Sección Quinta de esa misma Sala, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la señora Mariella Santos Vega, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 6 de agosto de 2009, que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, el 27 de noviembre de 2008, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento

del derecho instaurada por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima, UNAIM.

CUARTO.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución N°0-1592 de 22 de abril de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora Mariella Santos Vega al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos.

SEXTO.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos, a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro, salvo que el cargo haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual no habrá reintegro y la Fiscalía General de la Nación pagará a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos desde el 14 de diciembre de 2009 hasta la fecha en que el cargo se proveyó por concurso de méritos.

SEPTIMO.- LIBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-961/11

Referencia: expediente T-2706372.

Acción de tutela presentada Mariella Santos Vega contra el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Magistrado sustanciador:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que no existía otro medio de defensa judicial distinto a la tutela, con el que se lograra la protección de los derechos fundamentales de la accionante, quien después de haber agotado la jurisdicción respectiva no vio resueltas sus pretensiones conforme a la jurisprudencia constitucional que sobre el asunto ha sentado esta corporación, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones³⁰, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de

la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (consideración 3ª, página 13 y siguientes, y pie de página 1) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento³¹, de cuyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la

función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Auto 381/14

Referencia: solicitud de nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011, proferida por la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional

Expediente: T-2'706.372

Peticionaria: Mariella Santos Vega

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, resuelve, mediante el presente auto, la solicitud de nulidad parcial presentada,

mediante apoderada judicial, por la señora Mariella Santos Vega, contra la Sentencia T-961 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009), la señora Mariella Santos Vega impetró, mediante apoderada, acción de tutela en contra del Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por haber proferido las sentencias de 27 de noviembre de 2008 y de 6 de agosto de 2009, notificada por edicto desfijado el 20 de agosto de ese año, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por ella en contra de la Nación, Fiscalía General de la Nación.

2. Reseña fáctica

La peticionaria manifiesta que la acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

2.1. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó declarar la nulidad de la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM, que le fue comunicada personalmente el 28 de abril de 2005.

2.2. Pidió que, como consecuencia de la anterior declaración, se le ordenara a la Fiscalía General de la Nación reintegrarla a un cargo de igual o superior jerarquía a aquél cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, condenar a la Fiscalía al pago de todos los emolumentos dejados de percibir, consistentes en salarios, primas, cesantías, intereses de cesantías y, en general, todas las prestaciones sociales que fueran consecuencia del salario o factor del mismo, debidamente indexados, así como dar a la sentencia proferida el cumplimiento establecido por los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, al igual que aplicar los parámetros consignados en la Sentencia C-188 de 1999, proferida por la Corte Constitucional y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.3. Sostiene que, tanto en la demanda, como en su adición, se afirmó y demostró que estuvo vinculada a la Fiscalía General de la Nación mediante nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, como fiscal delegada ante los jueces penales del circuito especializados y adscrita a la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM.

2.4. Agrega haber alegado que por estar nombrada en provisionalidad, en un cargo de carrera administrativa, no podía ser desvinculada sin que se motivara el acto administrativo, en aras de garantizar el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de publicidad, pues la falta de motivación contradice el precedente constitucional reiterado desde 1993 en jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.5. A continuación transcribe la parte pertinente de la Resolución carente de motivación, que dispuso su retiro, así:

“RESOLUCIÓN No. 0-1592

22 ABR. 2005

Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

En uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar insubsistente el nombramiento de MARIELLA SANTOS VEGA, con cédula de ciudadanía 41.485.780 del cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES ESPECIALIZADOS, de la Unidad Nacional Antinarcóticos e interdicción marítima.

(...)”

2.6. Manifiesta que también expuso como causal de nulidad la desviación de poder, por parte del nominador, pues la causa de su desvinculación fue “los sentimientos de animadversión de la inmediata superior” hacia ella, aspecto corroborado mediante oficio en el cual le imputó

“una serie de irregularidades, que ésta desvirtuó dentro del proceso contencioso, con documentos públicos signados por los mismos funcionarios a quienes la superiora citó como fuente de información, que no fueron tenidos en cuenta, ni estudiados ni analizados por ninguna de las dos instancias”.

2.7. De la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la accionante contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, UNAIM, conoció, en primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia proferida el 27 de noviembre de 2008 negó las pretensiones de la demanda, lo anterior, al considerar que el Fiscal General de la Nación fue revestido por la ley con la facultad discrecional para determinar libremente el retiro de los empleados que no se encuentren escalafonados en el sistema de carrera, ya sea por haber ingresado mediante un nombramiento provisional o mediante un nombramiento de libre remoción.

Así mismo, el a quo en su providencia reafirmó la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la procedencia del retiro discrecional sin motivación expresa, en cualquier momento, de un empleado vinculado provisionalmente, teniendo en cuenta que a estos no les asiste ningún fuero de estabilidad que obligue a la administración a mantener su vinculación hasta tanto se provea el cargo mediante concurso de méritos o el empleado sea objeto de una sanción disciplinaria.

Inconforme con la anterior decisión, en tanto que en su criterio la sentencia se apartó del precedente constitucional que señala el deber del nominador de motivar el acto de desvinculación de los servidores públicos que ocupen un cargo de carrera en provisionalidad, la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el fin de que dicha providencia fuera revocada, y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

2.8. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al resolver la impugnación, en sentencia de 6 de agosto de 2009, decidió confirmar íntegramente el pronunciamiento del a quo, al determinar “que la decisión de retiro no está viciada de nulidad por el hecho de que no se haya señalado en el mismo, las razones de su retiro, pues como lo ha sostenido

reiteradamente el Consejo de Estado, no existe norma legal que exija tal ritualidad en tratándose del retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, lo que no significa que el acto no tenga motivos”.

Así mismo, dicho Tribunal adujo que cuando la administración ejerce la facultad discrecional para separar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad se supone que se debe a motivos de mejoramiento del servicio, presunción que, por tener el carácter legal, admite prueba en contrario, siempre que ésta tenga la capacidad y vigencia suficiente para demostrar que con el acto de retiro se persiguió una finalidad diversa.

2.9. Después de exponer los hechos, la demandante alude a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales; dedica un apartado a la “vía de hecho” y, a continuación, presenta “los aspectos sobre los que recae la acción de tutela”.

La demandante estima que las sentencias cuestionadas violan el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución, porque se negaron a reconocer que la resolución por la cual fue desvinculada “ha debido ser motivada, esto es, contener las causas que justificaban la separación de su cargo, por cuanto nombrada en provisionalidad ejercía un cargo de carrera administrativa”.

También estima que se presenta una violación del derecho de defensa, ya que las sentencias se niegan a aceptar que al no motivarse el acto de desvinculación se le ubica en una situación de total indefensión, “dejándola sin posibilidad alguna para ejercer su derecho de defensa”, así como del derecho a la igualdad, porque la falta de motivación constituye discriminación, “habida cuenta de que existen múltiples providencias en las cuales los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y de otras instituciones han recibido protección a sus derechos, al recibir el nominador la orden judicial perentoria de motivar el acto administrativo de su desvinculación y/o de su reintegro y derechos inherentes”.

Con fundamento en lo anterior añade que ha habido desconocimiento del precedente constitucional y omisión de las razones del disenso y que el Juzgado y el Tribunal demandados han incurrido en vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial sentado por la Corte Constitucional y según el cual “los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no pueden ser retirados del cargo sin que se motive el acto de desvinculación, por cuanto de no motivarse éste, se violan los derechos

fundamentales del debido proceso, derecho de defensa y publicidad”, precedente contenido en varias sentencias de las cuales hace citas.

Sostiene que los despachos demandados incurrieron en vía de hecho, ante la negativa de aceptar el desvío de poder con que fue dictada la resolución acusada, estando éste demostrado por ser “protuberante el hecho determinante del mismo”, ya que, de una parte, se reconoce que los cargos formulados contra la actora fueron desvirtuados por los oficios emanados de los funcionarios señalados por la jefe de la UNAIM, como fuente de información, “simultáneamente se niegan a declarar probado, como lo imponía el deber procesal la animadversión de la superiora jerárquica, ejercida contra la accionante” y también se niegan “a aceptar que la actuación de aquella fue el motivo de la desvinculación del servicio, dado el hecho de que haciendo gala de su cercanía a las directivas de la institución, según sus propias palabras, informó a éstas las supuestas irregularidades, tal como se aprecia en la manifestación que ella hiciera en su comunicación 1400 - UNAIM”.

Estima que las providencias atacadas incurren en vía de hecho por defecto fáctico, por indebida valoración de las pruebas y por valoración arbitraria del oficio 1400- C-UNAIM y de los oficios de los diferentes funcionarios “que desvirtuaron las falsas aseveraciones de aquél” y agrega que “de haber sido valorados correctamente los documentos citados, la decisión hubiera sido la declaratoria de nulidad por desviación de poder”.

A su juicio, el defecto fáctico también se configura “al desconocer la animadversión de la jefe de la UNAIM contra la actora y la relación causa efecto entre la información falsa, fruto de sus sentimientos, y la resolución de insubsistencia” y, además, por ser valorados arbitrariamente, tanto el oficio 1400 C-UNAIM, como los oficios que desvirtuaron las acusaciones en él contenidas, “porque no obstante estar plenamente probada la inconsistencia de éstas, ex post facto a la desvinculación del servicio”, los despachos demandados “se negaron a considerarlas como persecución laboral o animadversión por parte de la jefe de la UNAIM, como también su injerencia directa en la expedición de la resolución de insubsistencia”.

Asevera que la arbitrariedad en la valoración de la prueba condujo a ignorar “el nexo causal entre la información falsa ante las directivas institucionales por parte de la jefe de la UNAIM y la resolución de desvinculación de la accionante” e insiste en que la correcta valoración de

las pruebas, necesariamente habría llevado a declarar la nulidad por desviación de poder.

Acto seguido señala que ante la declaración de insubsistencia, se dirigió al Director Nacional de Fiscalías, solicitándole información acerca de su desempeño y que en la comunicación 1400 C- UNAIM la Jefe de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima formuló diferentes acusaciones y señaló como fuente de información “las quejas que supuestamente habían sido elevadas ante ellas por funcionarios de la Unidad a la que estaba adscrita”.

Añade que se dirigió a los funcionarios citados, mediante sendos derechos de petición, quienes “en su totalidad los negaron, desvirtuando cada una de las afirmaciones de la precitada funcionaria” y que a pesar de haber sido reconocido en la sentencia de segunda instancia que el oficio citado contenía varios cargos contra la actora y que éstos fueron desvirtuados por los funcionarios señalados como fuente de la información, “la misma sentencia se niega a declarar probada la evidente animadversión existente contra la accionante al igual que ser esta animadversión la causa de las falsas imputaciones elevadas ante las directivas que determinaron la desvinculación”.

Afirma que existe vía de hecho por defecto fáctico, ya que la valoración de las pruebas fue indebida y, particularmente, en lo que tiene que ver con el oficio 1400 C-UNAIM y los oficios de los diferentes funcionarios que demostraron la falsedad de las aseveraciones contenidas en aquél, lo cual se tradujo en desconocimiento del nexo causal entre el acoso laboral y la decisión del nominador en la separación del cargo.

Después de transcribir un segmento del oficio 1400 C-UNAIM, la demandante considera que los sentenciadores de primera y segunda instancia incurrieron en vía de hecho por defecto fáctico, porque omitieron “considerar que la jefe inmediata de la accionante, sí se comunicó con el Vicefiscal General de la Nación para quejarse de la actora” y “se negaron a ver el indicio necesario del oficio 1400 C-UNAIM demostrativo de la injerencia directa y determinante” de la Jefe de la UNAIM en el acto de la desvinculación del servicio de la accionante.

Señala que de haber valorado en forma integral los oficios que desvirtuaron las acusaciones y a su vez la información a las directivas de los falsos cargos, las conclusiones serían diferentes, pues se demostró la falsedad de la información puesta en conocimiento del Vicefiscal General de la Nación y, pese a ello, la actora quedó descalificada, al punto que la

reacción de las directivas fue la resolución de insubsistencia que se produjo 15 días después del 3 de abril, fecha para la cual se afirmó que la demandante “se había negado en tres ocasiones a asistir al turno”.

Considera que se configuró error de hecho “por no valorar la demostración de ser falsa la información que en contra de la accionante fuera trasladada por la jefe de UNAIM a las directivas institucionales” y que, adicionalmente, se configura una vía de hecho por indebida apreciación de las pruebas, pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “al avalar acusaciones abstractas dirigidas al futuro”, avaló “un cargo futuro y abstracto que nunca sucedió”, pues habiendo aceptado que los oficios obrantes en el proceso demostraron la inconsistencia de las irregularidades, tomó partido en contra de la actora y aceptó como cierto “un cargo abstracto, formulado a futuro por la Jefe de la UNAIM a más no poder, vulnerando con ello de plano el derecho de defensa y el debido proceso”.

El Tribunal, entonces, “negándose a aceptar la demostración del acoso laboral”, concluyó que “el motivo de la desvinculación laboral fue el ejercicio de la facultad discrecional del nominador y no las quejas contenidas en el Oficio 1400 C-UNAIM” y “simultáneamente reconoce en forma tácita que su contenido fue la causa de la insubsistencia”, al afirmar que “la actora no desvirtúa la perturbación del servicio que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante”, refiriéndose al cargo abstracto de que posiblemente la Dra. Santos Vega no asistiría a su turno del 3 de abril, con lo cual “da por hecho la perturbación del servicio que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante”, pese a que “la actora sí asistió al turno de ese 3 de abril”.

El Tribunal demandado consideró que la prueba aducida solo demuestra la asistencia de la demandante en esa fecha, pero no desvirtúa la perturbación del servicio “que eventualmente pudo generar la actitud de la demandante como se indicó en el oficio demandado” y la accionante considera que esta afirmación surge “sin sustentación válida” pues si el Tribunal afirma que las quejas de la Jefe de la UNAIM no fueron el motivo de la insubsistencia, no se explica por qué “le dio credibilidad per se, sin ser procesalmente posible, al cargo de la posible inasistencia de la actora a su lugar de trabajo en esa fecha y que como se observa es una censura a futuro de una eventual o hipotética perturbación del servicio, que nunca se presentó”.

A juicio de la demandante, esta última circunstancia genera una vía de hecho por errónea y arbitraria apreciación de pruebas, pues si el fallador sostiene que “no encontró irregularidades en la conducta de la accionante”, mal podía aceptar “eventuales perturbaciones del servicio, referidas al futuro y en abstracto y de las cuales no pudo predecir que acaecieron como tampoco concretar en qué hubieran consistido de haberse presentado”, a más de lo cual se negó a aceptar la animadversión de la jefe que sí estaba probada y que la llevó a comunicar a las directivas institucionales esa eventual perturbación futura, a sabiendas de que nunca iba a ocurrir.

Con fundamento en lo anterior, la demandante solicita:

“PRIMERO.- Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de defensa, acceso a la justicia y derecho a la igualdad, de la doctora MARIELLA SANTOS VEGA, COMO DEMANDANTE DENTRO DEL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de MARIELLA SANTOS VEGA contra la Nación - Fiscalía General de la Nación - Expediente No. 2005-0788502, cuyas primera y segunda instancia se tramitaron ante el Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de que se restablezcan los derechos fundamentales señalados, vulnerados con las sentencias proferidas”.

“SEGUNDO.- Como consecuencia, dejar sin valor y sin efectos las providencias proferidas por el Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, ordenar dictar sentencia conforme a las pruebas obrantes en el plenario, respetando el debido proceso, derecho de defensa e igualdad”.

3.0. La acción de tutela fue conocida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, corporación que, mediante sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010), la rechazó “por improcedente.

Dicha Sección estimó que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, mediante Sentencia C-543 de 1992 que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y añade que aun cuando, por medio de la Sentencia T- 173 de 1993, la Corte introdujo la posibilidad de ejercer la acción de tutela en contra de providencias judiciales y, con posterioridad, ha elaborado una teoría sobre las causales genéricas de procedencia, el Consejo de Estado “ha sostenido la improcedencia de la acción de tutela

respecto de las providencias judiciales, pues ha considerado que su aceptación implica el desconocimiento de los principios de la cosa juzgada, la seguridad jurídica e incluso la independencia de los jueces consagrada en el artículo 228 de la Carta Política, posición que mantiene a pesar del desarrollo jurisprudencial elaborado por la Corte Constitucional en torno al tema”.

3.1. Durante el término otorgado para el efecto, la apoderada judicial de la señora Mariella Santos Vega, mediante escrito de dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010), impugnó la anterior decisión. Sustentó la alzada manifestando que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido un tema ampliamente debatido por la Corte Constitucional, en cuyas decisiones ha reconocido su carácter excepcional, a partir del cumplimiento de los requisitos generales y especiales establecidos para dicho efecto, dentro de los que se destaca el desconocimiento del precedente, cuando la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variarían, si hubiera atendido a la jurisprudencia.

3.2. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del seis (6) de mayo de dos mil diez (2010), confirmó el fallo impugnado.

Estimó la Corporación de segunda instancia que “ha sido partidaria de tramitar las acciones de tutela en primera y segunda instancia cuando en ellas se controviertan providencias judiciales por supuestas vías de hecho”, pero que tal posición fue rectificadas por la Sala, de modo que “solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala ha venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados”.

Respecto del caso concreto apuntó que “no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales como las aquí controvertidas, dictadas en procesos en el (sic) que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer los derechos que les asisten, razón por la que se dispondrá negar por improcedente la acción de tutela en la parte resolutive de esta

providencia”.

3.3. Por Auto de 25 de agosto de 2010, la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de la Corte Constitucional seleccionó para su revisión los fallos dictados dentro del expediente T-2.706.372. De igual forma, en el mismo auto, la Sala designó a la Sala Cuarta de Revisión para su estudio.

3.4. El 16 de diciembre de 2011, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-961 de 2011 resolvió:

“PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo de tutela de 6 de mayo de 2010, proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó el dictado, el 25 de febrero del mismo año, por la Sección Quinta de esa misma Sala, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la señora Mariella Santos Vega, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 6 de agosto de 2009, que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, el 27 de noviembre de 2008, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima, UNAIM.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución N°0-1592 de 22 de abril de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora Mariella Santos Vega al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos.

SEXTO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos, a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro, salvo que el cargo haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual no habrá reintegro y la Fiscalía General de la Nación pagará a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos desde el 14 de diciembre de 2009 hasta la fecha en que el cargo se proveyó por concurso de méritos. (..)"

Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

"5.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Encuentra la Sala que en el presente asunto, se cumplen en su totalidad los requisitos generales de procedibilidad de esta acción de tutela y que habilitan, en sede de revisión, un análisis de fondo de los hechos materia de controversia.

En efecto, se observa que la cuestión que se discute resulta (i) de indudable relevancia constitucional, toda vez que se persigue la protección eficiente de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad, presuntamente trasgredidos como consecuencia de una decisión judicial que ha cobrado firmeza; (ii) también es claro que dentro del proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante desplegó todos los mecanismos de defensa judicial a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales, pues contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá, interpuso recurso de apelación, tramitado y resuelto mediante sentencia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, siendo esta última providencia la que es objeto de discusión en sede de tutela. En este punto específico es conveniente precisar que, aun cuando por expreso mandato del artículo 185 del Código Contencioso Administrativo, contra las sentencias dictadas por los Tribunales Contenciosos Administrativos en segunda instancia, procede el recurso extraordinario de revisión, no es posible invocarlo en el presente asunto, toda vez que éste no se enmarca en ninguna de las causales de procedibilidad que prevé el artículo 188 de la citada norma; (iii) adicionalmente, se tiene que la acción de tutela de la referencia fue promovida en un

término razonable y proporcional al hecho que originó la presunta vulneración, pues tan solo trascurrieron cuatro (4) meses desde la fecha en que se dictó la sentencia censurada y la presentación de la acción de tutela; (iv) del mismo modo, considera la Sala que la demandante identificó claramente los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración alegada y los derechos fundamentales presuntamente infringidos, aspectos que fueron abordados en el trámite contencioso administrativo; (v) finalmente, es patente que la sentencia objeto de discusión no corresponde a un fallo de tutela.

En ese orden de ideas, pasará la Sala a abordar solo el estudio de la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, atribuida por la accionante al fallo emitido, el 6 de agosto de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó la providencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, el 27 de noviembre de 2008, que, a su vez, negó las suplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada contra la Fiscalía General de Nación. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sala de Revisión no entrará a analizar la segunda causal especial de procedibilidad alegada por la accionante, correspondiente al defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas que corroboran la supuesta desviación de poder del nominador para proferir el acto de retiro, ello en razón a que se desconocen los motivos por los cuales el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la accionante del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, ya que en la Resolución N°0-1592 de 2005 no fueron plasmados.

5.2. Cumplimiento de la causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que se configura la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, cuando el Juez de la República en el caso concreto: (i) aplica disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad o (ii) aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; así mismo, (iii) cuando contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad y, por último, (iv) cuando desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de

sus sentencias de tutela.

Así las cosas, para el caso concreto se encuentra acreditado (i) que la accionante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación, (ii) que dicho nombramiento fue declarado insubsistente por el nominador mediante Resolución N°0-1592 de 2005, (iii) que en dicho acto administrativo no se plasmaron las razones por las cuales se retiraba del servicio a la actora, (iv) que con ocasión de lo anterior, la señora Mariella Santos Vega instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el mencionado acto administrativo, (v) que del referido proceso conoció, en primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá, despacho que, mediante providencia de 27 de noviembre de 2008, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que el Fiscal General de la Nación fue revestido por la ley con la facultad discrecional para determinar libremente el retiro de los empleados que no se encuentren escalafonados en el sistema de carrera, ya sea por haber ingresado mediante un nombramiento provisional o mediante un nombramiento de libre remoción. Así mismo, reafirmó la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la procedencia del retiro discrecional sin motivación expresa, en cualquier momento, de un empleado vinculado provisionalmente, teniendo en cuenta que a estos no les asiste ningún fuero de estabilidad, que obligue a la administración a mantener su vinculación hasta tanto se provea el cargo mediante concurso de méritos o el empleado sea objeto de una sanción disciplinaria, (vi) que, inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, mediante sentencia de 6 de agosto de 2009, confirmó íntegramente el pronunciamiento del a quo, al determinar “que la decisión de retiro no está viciada de nulidad por el hecho de que no se haya señalado en el mismo las razones de su retiro, pues, como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, no existe norma legal que exija tal ritualidad en tratándose del retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, lo que no significa que el acto no tenga motivos”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010 señaló: “los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de

2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004).). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia”.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ha ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005).

En ese orden de ideas, la Sala de Revisión advierte que cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca afirma en la providencia de 6 de agosto de 2009 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la accionante contra la Resolución No. 0-1592, que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad y con ese fundamento se abstiene de anular dicho acto, se configura la causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional³²al contradecir de forma abierta la ratio decidendi de la jurisprudencia que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como interprete máximo de la Constitución³³.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte revocará el fallo de tutela de 6 de mayo de 2010, proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó el dictado, el 25 de febrero del mismo año, por

la Sección Quinta de esa misma Sala, que resolvieron no amparar los derechos fundamentales invocados por la demandante.

Así mismo, esta Corporación dejará sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 6 de agosto de 2009, que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, el 27 de noviembre de 2008, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora Mariella Santos Vega contra la Resolución número 0-1592 de 22 de abril de 2005, expedida por el Fiscal General de la Nación y mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima, UNAIM. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución N°0-1592 de 22 de abril de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ahora bien, respecto al reintegro de la accionante al cargo desempeñado, esta Sala de Revisión advierte que éste solo será procedente en caso de que no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, así mismo, solo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones, a partir del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro si es procedente o hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso, como lo determinó esta Corporación en la sentencias SU-917 de 2010 y T-656 de 2011.”

II. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD PARCIAL

El 27 de noviembre de 2012, la señora Mariella Santos Vega, mediante apoderada, presentó en la Secretaría de la Corte Constitucional solicitud de nulidad parcial contra la sentencia T-961 de 2011 proferida por la Sala Cuarta de Revisión, con base en las siguientes razones:

Sostiene que la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional se apartó del criterio fijado por la Corporación en la Sentencia de Unificación 917 de 2010 respecto del restablecimiento del derecho para las personas que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculadas de sus empleos, mediante el acto de retiro, sin motivación, pues en el caso de la referencia ordenó a la Fiscalía General de la Nación pagar a la señora Mariella Santos Vega los salarios y demás emolumentos dejados de percibir a partir del 14 de diciembre de 2009,

fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de amparo y no desde el 28 de abril de 2005, fecha de su desvinculación.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación 917 de 2010 señaló:

“La Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes³⁴ y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.”
(Subraya fuera del texto)

En ese orden de ideas, considera la peticionaria que la Sala Cuarta de Revisión vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la señora Mariella Santos Vega, pues fue objeto de un trato diferente a pesar de que se encontraba en la misma situación que las personas a las cuales les fueron amparados sus derechos en la Sentencia de Unificación 917 de 2010. Así mismo, al cambiar la jurisprudencia señalada por la Sala Plena de la Corporación a través de una providencia de Sala de Revisión sin tener la competencia para hacerlo.

De conformidad con lo expuesto, solicita a la Sala Plena de la Corporación declarar la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011 respecto de la fecha a partir de la cual se debe reconocer el restablecimiento del derecho, pues no se debe tener en cuenta la fecha de presentación de la acción de tutela, 14 de diciembre de 2009, sino la fecha de su desvinculación, 28 de abril de 2005 y en consecuencia, se ordene a la Fiscalía General de la Nación que el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir se haga a partir de la referida fecha con la correspondiente actualización monetaria.

III. TRÁMITE SURTIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Mediante oficio No. A-1173/2012, la Secretaría General de la Corte Constitucional solicitó

al Consejo de Estado, Sección Primera certificar la fecha en que fue notificada la sentencia T-961 de 2011.

En respuesta a lo anterior, el 4 de diciembre de 2012, la Secretaría General del Consejo de Estado remitió a ésta Corporación copia de los oficios No. 112 a 116 de 21 de noviembre de 2012, por medio de los cuales notificó a las partes de la sentencia T-961 de 2011.

3.2. Mediante Auto de 10 de diciembre de 2012, el Magistrado sustanciador solicitó a la empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. enviar a la corporación la constancia del recibido por parte de las señoras Mariella Santos Vega y Dora Mariño Flórez de los telegramas No. 112 y 113, respectivamente, librados por la Secretaría General del Consejo de Estado.

El 14 de diciembre de 2012, la empresa de Servicios Postales Nacionales S.A. informó al Magistrado sustanciador que los Telegramas No. 112 y 113 fueron entregados a sus destinatarios, el día 22 de noviembre de 2012.

3.3. El 5 de diciembre de 2012, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación informó al Magistrado Sustanciador que “en la actualidad la vacante se encuentra ocupada en propiedad por un servidor público que supero las etapas del concurso público de méritos del año 2007, motivo por el cual no es posible reintegrar a la tutelante; al respecto una vez la Oficina de Personal de la Entidad nos suministre la información detallada del empleado que en la actualidad ocupa este cargo, procederemos a remitir los antecedentes a su despacho”.

3.4. El 11 de enero de 2013, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación informó al Magistrado Sustanciador la trazabilidad del cargo que ocupaba la señora Mariella Santos Vega en la entidad.

Sostiene que en el referido cargo fue nombrada en propiedad la señora Bertha Cecilia Neira Díaz, mediante Resolución N.º 0-1423, el 6 de julio de 2010, luego de superar el concurso de méritos y el periodo de prueba.

3.5. El 18 de enero de 2013, la apoderada de la accionante solicito al magistrado sustanciador expedir fotocopia autenticada de la Sentencia T-961 de 2011, con la constancia

de estar ejecutoriada y con la anotación de ser la primera copia que presta mérito ejecutivo.

3.6. El 5 de febrero de 2013, el Magistrado sustanciador ordenó a la Secretaría General de esta Corporación que por su conducto, expida a nombre de la abogada Dora Mariño Flórez, fotocopia autenticada de la Sentencia T-961 de 2011.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para decidir el incidente de nulidad propuesto.

2. La nulidad de las sentencias proferidas en sede de revisión

Aunque el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 establece que en contra de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional “no procede recurso alguno” y que las nulidades de los procesos ante la Corte solo podrán alegarse antes de proferido el fallo, en reiterada jurisprudencia, la Corporación ha aceptado que después de emitido el fallo proceda solicitar su nulidad, en cuyo caso la irregularidad que sirva de sustento a tal petición debe tener su causa directa en la sentencia misma³⁵.

La regla enunciada también se ha seguido tratándose de las sentencias dictadas en sede de revisión de las acciones de tutela de los derechos constitucionales fundamentales³⁶, bajo la advertencia de que, siendo completamente excepcional la posibilidad de pedir la nulidad, no cabe entender la solicitud como un nuevo recurso en contra de las sentencias de las Salas de Revisión, ni como ocasión propicia para reabrir el debate o volver a analizar las controversias que hayan quedado definidas al dictar la sentencia³⁷.

Así lo imponen los principios de seguridad jurídica y certeza del Derecho, de tal modo que las causales susceptibles de alegación, fuera de originarse en la sentencia, deben constituir motivos de un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, cuya entidad permita calificarlo de ostensible, significativo, probado y trascendental, como ocurre, por ejemplo, cuando la Sala de Revisión modifica el criterio interpretativo fijado por la Sala Plena, por violación del principio del juez natural y del derecho a la igualdad, cuando las decisiones

no se hayan adoptado de conformidad con las mayorías legalmente establecidas, cuando se evidencia una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive, capaz de producir incertidumbre acerca de lo decidido, cuando la parte resolutive contenga órdenes dirigidas a particulares que, por no haber sido vinculados, carecieron de la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, cuando se desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional y cuando se omite el examen de argumentos de la demanda o de la defensa que, debido a su importancia, no podían soslayarse o que, de haber sido tenidos en cuenta, habrían conducido a una decisión distinta de la que se adoptó³⁸.

Quien solicite la nulidad debe demostrar de manera fehaciente la configuración de la causal y basar su alegato en serias argumentaciones, lo que descarta como motivo de la nulidad el simple desacuerdo con lo decidido, el mantenimiento de una posición contraria a la que sirve de sustento al fallo o la previsible y normal inconformidad generada por la decisión adversa a lo esperado del proceso de tutela y de la revisión cumplida por la Corte³⁹.

Ahora bien, el examen de la solicitud de nulidad procede siempre y cuando se satisfagan todos los requisitos formales que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, tienen que ver con la presentación oportuna, que debe efectuarse dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo de tutela, con la acreditación de la legitimación por activa, que únicamente asiste a quien haya sido parte en el trámite de la tutela o al tercero afectado por las órdenes impartidas y con el cumplimiento de la exigente carga argumentativa que requiere la indicación clara de la causal invocada, la explicación de las razones que le sirven de apoyo, así como de su incidencia en la decisión adoptada⁴⁰.

3. Análisis de la solicitud de nulidad

En cuanto hace a la oportunidad de la solicitud de nulidad presentada en contra de la Sentencia T-961 de 2011, vistas las copias que obran en el respectivo expediente, se tiene que la referida providencia fue notificada el 22 de noviembre de 2012 y que el día 27 del mismo mes y año fue radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el escrito mediante el cual se instauró el respectivo incidente, de lo cual se deduce que la nulidad fue pedida oportunamente, pues se presentó dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia⁴¹.

Tratándose de la legitimación, la Corte observa que la señora Dora Mariño Flórez manifiesta

actuar como apoderada de Mariella Santos Vega e indica que, en tal condición fue reconocida en la sentencia cuya nulidad solicita. Al revisar el texto de la providencia atacada se observa que en la parte que corresponde a los antecedentes se hace un resumen del escrito que la mencionada señora Mariño Flórez presentó ante el juez de tutela a fin de que se dejaran sin efectos las providencias proferidas por el Juzgado 1º Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de noviembre de 2008 y el 6 de agosto de 2009, respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que adelantó en nombre de su representada contra la Fiscalía General de la Nación. Así mismo, en la solicitud de nulidad expresa actuar en calidad de apoderada de la accionante.

Ahora bien, la peticionaria busca demostrar que la Sala Cuarta de Revisión al proferir la Sentencia T-961 de 2011 modificó la posición jurisprudencial que fijó la Sala Plena de la corporación en la sentencia SU-917 de 2010 respecto de la forma en la que se debe restablecer el derecho de las personas que ocupando cargos de carrera en provisionalidad son desvinculadas de sus empleos sin motivación del acto de retiro, acuden a solicitar la nulidad del acto ante el juez competente y este desconoce el precedente constitucional.

Al respecto, la Corte ha señalado que las causales de nulidad que esgrima el incidentista deben estar orientadas a demostrar la vulneración del debido proceso originada en la sentencia y la afectación derivada de lo que se haya decidido, sin que la solicitud sirva de pretexto a la reapertura del debate y a la consiguiente discusión de los argumentos que sirvan de sustento a lo resuelto.

A su vez, el Alto Tribunal ha identificado los casos en que la vulneración al debido proceso por parte de la Sala de Revisión se puede considerar como ostensible, probada, significativa y trascendental. Una de estas situaciones sucede cuando la Sala de Revisión se aparta del criterio de interpretación o de la posición jurisprudencial fijada por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica. En ese orden de ideas, corresponde a la Sala Plena examinar lo dispuesto por la Corporación en la sentencia SU-917 de 2010.

En dicha oportunidad, la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de varias acciones de tutela instauradas contra entidades públicas decidió acumularlas y dictar un fallo de reiteración y unificación de jurisprudencia en el que precisó los criterios conforme a los cuales se ha resuelto por las distintas Salas de Revisión acerca de:(i) si el ordenamiento

jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera, (ii) si se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera no requiere motivación y por tanto se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto, así como el restablecimiento del derecho; (iii) si procede la acción de tutela dirigida contra la entidad pública que desvincula a un empleado nombrado en provisionalidad sin que el acto de retiro haya sido motivado.

Recordó que en la Sentencia SU-250 de 1998, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por primera vez su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. En esa oportunidad, la Corte determinó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad. Desde entonces, la jurisprudencia ha sido consistente, uniforme, extensa y reiterada sobre el deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad. En primer lugar, señaló que la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1º C.P.) que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. En segundo lugar, indicó que la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts. 1º, 123, 209 C.P.), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones que despliegan. Es una exigencia propia de la democracia, toda vez que ésta impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido. Finalmente, resaltó que la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 de la Constitución, como corolario del principio democrático y de prevalencia del interés general.

La Corte observó que el propio ordenamiento acepta que en ciertas decisiones el deber de motivar los actos de la Administración se reduzca o incluso se atenúe de modo, lo cual representa una medida de excepción que ha de ser consagrada constitucional o legalmente y siempre que responda a fundamentos objetivos y razonables coherentes con los principios que rigen la función administrativa. Esta discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley

nunca es absoluta, pues no libera al funcionario de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podría dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con el acto de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad, esto es, en cargos de carrera mientras se efectúa el respectivo concurso de méritos, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Aun cuando no tengan las mismas garantías que se derivan de la carrera, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva, especialmente, a través del concurso de méritos, lo cierto es que sí tienen el derecho a la motivación del acto de retiro que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto del Estado de Derecho y del control a la arbitrariedad de la administración y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera. Al mismo tiempo, la motivación debe cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, la Corte consideró que pese a que el servidor vinculado en provisionalidad que es retirado sin motivación, tiene a su disposición la acción contencioso administrativa y puede hacer uso legítimo de ella, este mecanismo no resulta materialmente eficaz para la protección de sus derechos, lo que hace posible acudir al amparo constitucional como instrumento idóneo para asegurar la defensa de sus derechos por vía de tutela. En efecto, la posición sostenida por el Consejo de Estado según la cual el nominador puede declarar la insubsistencia sin la obligación de hacer explícitas las razones para ello, ha sido abiertamente contraria a la postura sólida y reiterada que por más de una década ha sostenido la Corte Constitucional. Ésta abierta discrepancia ha traído como resultado previsible, el trámite de procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa, en los que aun siendo evidente que el acto está viciado por falta de motivación y por tanto daría lugar a la nulidad, la reclamación se hace nugatoria, lo que obliga a acudir a la acción de tutela contra providencias judiciales.

En los casos concretos revisados en esta oportunidad, la Corte encontró que el Consejo de

Estado ha insistido en esa postura jurisprudencial, con lo cual se reafirma la necesaria intervención del juez de tutela. Por esta razón, procedió a revocar los fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado, en los que se “abstuvo de proferir una nueva decisión”, sobre cada una de las demandas y no entró a decidir de fondo sobre las acciones de tutela y en su lugar, conceder la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. En consecuencia, en cada caso, dispuso dejar sin efecto las sentencias proferidas en el respectivo proceso de nulidad y restablecimiento del proceso; declarar la nulidad del acto administrativo de insubsistencia del nombramiento y ordenar el reintegro del actor al cargo del cual fue retirado sin motivación y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta ser efectivamente reintegrado, lo cual deberá hacerse con las correspondientes actualizaciones (arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.).

Así mismo, señaló que los reintegros ordenados solo serían procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hubieran sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos. En tal evento, solo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

Si bien la decisión adoptada por la Corte en la citada sentencia de unificación no abunda en razones del porqué las consecuencias de la decisión de amparo se materializan en la orden de reintegro y en el pago de salarios desde el momento del despido hasta la fecha del reintegro o hasta que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso, es claro, que esa regla de decisión hace parte de una sentencia de unificación que la Sala Plena avaló bajo el entendido de que para ese momento era la aplicable sin que para ello se requiriese de mayor justificación. Lo anterior, conduce a concluir que en todo caso la Sala de Revisión se apartó del criterio interpretativo fijado por la Sala Plena de la Corporación en dicha providencia.

En ese orden de ideas, se advierte que la Sala Cuarta de Revisión tuvo en cuenta la mayoría de los fundamentos expuestos por la corporación en la Sentencia SU-917 de 2010 para resolver el problema jurídico planteado en el expediente T- 2.706.372, no obstante, se apartó del precedente constitucional respecto a la fecha a partir de la cual se debían cancelar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, pues resolvió que debía ser desde la

fecha de presentación de la acción de tutela y no desde el momento de desvinculación del peticionario.

En razón de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional declarará la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 2011 en relación con la modalidad de indemnización que consagró en el numeral sexto del resuelve y remitirá el expediente a la Sala Cuarta de Revisión para que provea nuevamente al respecto, toda vez, que el tema abordado por el fallo que declarará parcialmente nulo ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala Plena en decisiones de unificación.

Cabe señalar, que la Sala Plena de la Corporación, en Auto 223 de 2014, al decretar la nulidad de la sentencia T-893 de 2011, resolvió remitir el expediente a la Sala de Revisión correspondiente para que emitiera un nuevo pronunciamiento, luego de determinar que el tema abordado no era propio de una sentencia de unificación, según lo establecido por el artículo 54A del Acuerdo 5 de 199242.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero.- DECLARAR la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 16 de diciembre de 2011 proferida por la Sala Cuarta de Revisión respecto de la modalidad de indemnización señalada en el numeral sexto de la providencia.

Segundo.- REMÍTASE el expediente T- 2.706.372 a la Sala Cuarta de Revisión para lo de su competencia.

Tercero.- Contra este pronunciamiento no procede recurso alguno.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General

2 T-018 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3 Ver Sentencia T-217 del 23 de marzo de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

4 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

5 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias C-590 de 2005, T-789 de 2008, T-217 de 2010 y T-285 de 2010.

7 Sentencia 173 del 4 de mayo de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Sentencia T-504 del 8 de mayo de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

9 Ver entre otras la Sentencia T-315 del 1 de abril de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 Sentencia T-008 del 22 de enero de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Sentencia T-658 del 11 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

12 Sentencias T-088 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-1219 del 21 de noviembre de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Ver Sentencia C-590 de 2005.

14 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

15 "Sentencia T-590 del 27 de agosto de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva."

16 Sentencia T-018 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

17 Sentencias SU-047 de 1999 y SU-1300 de 2001.

18 Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

19 T-104 de 2009 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

20 Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

21 Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

22 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

24 Corte Constitucional., Sentencia T-104 de 2009 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

25 Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla .

26 Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

27 Corte Constitucional, Sentencias T-170 de 2006, T-254 de 2006, T-186 de 2009, T-736 de 2009.

28 Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

29 Corte Constitucional, Sentencias T-170 de 2006, T-254 de 2006, T-186 de 2009, T-736 de 2009.

30 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; T-464, T-703 y T-786 y T-867 de 2011; y recientemente T-010 de 2012.

31 C-590 de 2005.

32 Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

33 Corte Constitucional, Sentencias T-170 de 2006, T-254 de 2006, T-186 de 2009, T-736 de 2009.

34 Las sumas a pagar se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = R.h. \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$; en la que el valor presente "R" se determina multiplicando el valor histórico (R.h.), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

35 Autos 016, 022, 024, y 034 de 2013.

36 Autos 062 de 2000 y 133 de 2008.

37 Autos 057 de 2004 y 052 de 2012.

38 Autos 208 de 2006, 305 de 2005, 266 de 2011.

39 Autos 082 de 2006, 069 de 2007 y 064 de 2009.

40 Auto 232 de 2001. Los días 24 y 25 del mes de noviembre del año 2012, corresponden a sábado y domingo.

41 Ver el Auto 163A de 2003.

42 “Por el cual se recodifica el reglamento de la Corporación”.