



Sentencia 760A de 2011 Corte Constitucional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA T-760A DE 2011

Referencia: expedientes T-3043649 y T-3082590.

Acciones de tutela instauradas por Luz Esperanza Gómez Asís en contra del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y Jorge Alberto Álvarez Duque en contra del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Luis Carlos Marín Pulgarín

Bogotá D.C., diez (10) de octubre dos mil once (2011).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado y por la Sección Quinta de esa misma corporación, en las acciones de tutela instauradas por Luz Esperanza Gómez Asís y Jorge Alberto Álvarez Duque, en contra de los Tribunales Administrativos de la Guajira y Antioquia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3043649.

1.1. Hechos.

Luz Esperanza Gómez Asís, por intermedio de apoderado judicial, acudió en acción de tutela, contra la sentencia del 13 de octubre de 2010 emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira, que confirmó la sentencia del 13 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la accionante contra la Fiscalía General de la Nación, al considerar que esa decisión vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y seguridad jurídica.

Manifiesta la actora que el 1º de marzo de 2000 se vinculó mediante nombramiento provisional a la Fiscalía General de la Nación, desempeñando diferentes cargos durante el tiempo que prestó sus servicios. Afirma que mediante Resolución número 0-0159 del 21 de enero de 2000 el Fiscal General de la Nación la nombró en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha. Luego, a través de Resolución número 0-2056 del 21 de octubre de 2001, fue nombrada en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalía de Riohacha, y que mediante Resolución número 0-1728 del 4 de mayo de 2005, el Fiscal General de la Nación declaró la insubsistencia del cargo que desempeñaba, sin que dicho acto fuera acompañado de motivación alguna.

Por considerar que la decisión de la Fiscalía General de la Nación vulneró algunos de sus derechos fundamentales, acudió en acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, entidad que mediante fallo del 16 de junio de 2005 accedió a la protección transitoria del derecho al debido proceso y en consecuencia dejó sin efectos el acto administrativo de desvinculación del cargo, ordenó su reintegro, así como la expedición de nuevo del acto de declaratoria de insubsistencia motivando la decisión, fallo que efectivamente fue cumplido, produciéndose el 20 de junio de 2005 el reintegro al cargo y en esa misma fecha se declaró su insubsistencia motivada.

En contra del primero y segundo acto administrativo que en su orden, declararon su insubsistencia inmotivada y luego motivada, inició la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en que esas actuaciones son contrarias a la Constitución y a la ley, en razón a la estabilidad laboral relativa de la que gozaba, según el precedente vertido en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, pues solamente debió desvincularse del servicio público como consecuencia de una causa legal que no existió. Mediante sentencia proferida el 13 de agosto de 2009 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, se denegaron las súplicas de la demanda con el argumento apoyado en sentencias del Consejo de Estado, consistente en que quien ocupa un cargo

de carrera en provisionalidad no goza de ningún privilegio, ni tampoco de estabilidad aparente. Impugnada la decisión por la parte demandante, a través de fallo de fecha 13 de octubre de 2010, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira, confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia.

Expone además que en el caso de Arles Antonio Peláez Solano, compañero suyo y quien ocupaba similar cargo, esto es, Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional del Fiscalías de RíoHacha, bajo las mismas condiciones laborales, quien fue declarado insubsistente el 18 de junio de 2004 por el Fiscal General de la Nación, en fallo del 22 de septiembre de 2010 el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta el precedente del Consejo de Estado, con lo que esa entidad judicial desconoció en su caso el derecho a la igualdad.

1.2. Trámite procesal.

De la acción de tutela conoció la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, entidad que mediante providencia del 29 de noviembre de 2010, resolvió tramitar la acción constitucional y notificar lo resuelto tanto a los Magistrados del Tribunal Administrativo de la Guajira como al Juez Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, adjuntando copia de la tutela para que se pronuncien dentro de los dos (2) días siguientes, contados a partir de la notificación de la providencia respectiva. A través de auto del 1º de febrero de 2011, se decidió vincular a la Fiscalía General de la Nación por tener interés directo en las resultas de la acción de tutela, enviándole copia de la solicitud de protección constitucional.

1.3. Intervención de las entidades demandadas.

1.3.1. Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira.

Mediante escrito recibido el 6 de diciembre de 2010, los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, Carlos Alberto Orlando Jaiquel y Jairo Hernán Ruiz Rueda, sostuvieron que la sentencia reprochada contiene los elementos fácticos y jurídicos que motivaron tal decisión, en los que se observa que fue emitida en derecho, la que debe analizarse a la luz de las circunstancias propias del proceso y que no todos los asuntos deben manejarse bajo una misma óptica, pues su naturaleza, origen y soporte de derecho, pueden ser diversos.

De igual forma afirmaron no compartir la apreciación de la actora en relación con el derecho a la igualdad, apoyada en el fallo proferido por ese Tribunal en el caso de Arles Antonio Peláez Solano, debido a que los aspectos fácticos y jurídicos son diferentes al caso de la accionante, tanto es así que fue objeto de un salvamento de voto, pues el mismo se fundamentó en el aspecto relativo al desmejoramiento del servicio que fue probado, lo que no ocurrió en el caso de la señora Gómez Asís.

1.3.2. Juzgado Primero Contencioso Administrativo de Riohacha.

A pesar de que mediante oficio del 29 de noviembre de 2010 se dispuso la notificación de la acción de tutela al titular del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, no se recibió respuesta.

1.3.3. Fiscalía General de la Nación.

A través de escrito, recibido en la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado el 14 de febrero de 2011, la Fiscalía General de la Nación solicitó rechazar las pretensiones del amparo constitucional. Luego de transcribir apartes de sentencias de la Corte Constitucional, afirmó que las discrepancias razonables de la interpretación de las normas jurídicas se descartan como constitutivas de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Concluyó con apoyo en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que la desvinculación de las personas nombradas provisionalmente en cargos de carrera puede hacerse sin ninguna motivación, razón por la cual el fallo reprochado por vía de tutela se fundamentó en una hermenéutica razonable del artículo 125 de la Constitución, relacionado con el ingreso y desvinculación de la función pública por situaciones diferentes al mérito, de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad.

1.4. Pruebas.

- Copia del fallo del 13 de agosto de 2009 proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la actora en contra de la Fiscalía General de la Nación. (Folios 305 a 317 del cuaderno de anexos).

- Copia del fallo del 13 de octubre de 2009 emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, que definió el recurso de apelación en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que acudió la actora en contra de la Fiscalía General de la Nación. (folio 124 a 143 del cuaderno de anexos).

1.5. Sentencia objeto de revisión.

La Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de febrero de 2011, negó el amparo invocado. Sostuvo que el fallo que definió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que acudió la actora, se profirió con base en el precedente de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según el cual los nombramientos en provisionalidad no le confieren al empleado un fuero de inamovilidad o estabilidad que le impida a la administración retirarlo libremente del servicio, de tal manera que la accionante al no estar inscrita en el escalafón de carrera administrativa, podía ser retirada del servicio con base en la facultad discrecional en cabeza del Fiscal General de la Nación. Por tal razón, la sentencia acusada no vulnera ningún derecho constitucional fundamental a la tutelante, máxime cuando en el proceso ordinario no probó que hubiesen móviles diferentes a los del buen servicio en la expedición del acto que declaró insubsistente su nombramiento como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha.

2. Expediente T-3082590.

2.1 Hechos.

Jorge Alberto Álvarez Duque, presentó acción de tutela contra la sentencia del 26 de noviembre de 2010 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se revocó el fallo del 18 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició en contra de la Fiscalía General de la Nación. A juicio del actor, la entidad judicial demandada, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa, como consecuencia de la irregularidad en la que incurrió al desconocer el precedente constitucional, referido al deber de motivar los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad.

Manifiesta el actor que mediante Resolución número 0-1240 del 31 de mayo de 1995 fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Fiscal Seccional, de la Seccional de Fiscalías de Medellín, cargo en el que se posesionó el 14 de junio de 1995. Afirma que luego de una trayectoria en la Fiscalía General de la Nación por más de 9 años, sin ninguna motivación fue declarado insubsistente de su cargo como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales de Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, mediante Resolución número 0-1736 del 4 de mayo de 2005, proferida por el Fiscal General de la Nación.

Por tal razón, acudió en acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación que correspondió al Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín, entidad judicial que a través de sentencia del 18 de diciembre de 2009 accedió a las súplicas de la demanda y en consecuencia declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó el reintegro al cargo que ocupaba y el pago de los salarios, prestaciones y emolumentos dejados de percibir. Impugnada la decisión por la entidad demandada, mediante fallo del 26 de noviembre de 2010, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia decidió revocar la decisión recurrida y por consiguiente negar las pretensiones de la demanda, con el argumento de que el acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad carece de la obligación de ser motivado, porque se asemeja a un funcionario de libre nombramiento y remoción, de donde surge que el retiro del servicio de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere motivación.

2.2. Trámite procesal.

De la acción de tutela conoció la Sección Quinta del Consejo de Estado, entidad que mediante providencia del 7 de febrero de 2011, resolvió tramitar la acción constitucional y notificar lo resuelto tanto a los Magistrados que componen la Sala Novena de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, así como al Juez Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín y a la Fiscalía General de la Nación, adjuntando copia de la tutela para que se pronuncien dentro de los dos (2) días siguientes, contados a partir de la notificación de la providencia respectiva.

2.3. Intervención de las entidades demandadas.

2.3.1. Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín y Fiscalía General de la Nación.

De las entidades notificadas de la acción de tutela, la única que respondió dentro de los términos otorgados, fue la Fiscalía General de la Nación¹. En efecto, esta última entidad en escrito radicado en el Consejo de Estado el 18 de febrero de 2011, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sostuvo que las discrepancias razonables de interpretación de las normas jurídicas han sido descartadas como constitutivas de defectos o irregularidades atribuibles a las providencias judiciales. De la misma manera, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, manifestó que a los funcionarios provisionales los rodea un doble fuero de inestabilidad, pues de un lado, al no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión y, del otro, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley. Finalmente, sostuvo que la providencia objeto de reproche, no incurrió en ninguna causal que haga procedente la tutela, debido a que sus argumentos se basaron en una interpretación razonable del artículo 125 de la Constitución, en cuanto al ingreso y desvinculación a la función pública por situaciones diferentes al mérito, de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad.

2.4. Pruebas.

- Copia de la Resolución número 0-1736 del 4 de mayo de 2005, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del cargo que ocupaba el actor como Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín. (Folio 16 del cuaderno de anexos).

- Copia auténtica de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a la que acudió el actor en contra de la Fiscalía General de la Nación. (Folios 43 a 85 del cuaderno de anexos).

- Copia auténtica del fallo emitido en primera instancia el 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el actor en contra de la Fiscalía General de la Nación. (Folios 170 a 183 del cuaderno de anexos).

- Copia auténtica del fallo proferido en segunda instancia el 16 de julio de 2010 por la Sala Novena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia. (Folios 195 a 210 del cuaderno de anexos).

2.5. Sentencia objeto de revisión.

La Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 4 de marzo de 2011, rechazó por improcedente la solicitud de amparo constitucional. Sostuvo que solamente en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales es evidente que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, o en conexidad con los derechos de defensa y contradicción, esa Sección ha admitido que la tutela constituye un medio para garantizar tales derechos. De esta manera, la tutela propuesta, en cuanto va dirigida a modificar la decisión que sobre el fondo de la controversia dirimió la providencia judicial, es improcedente, además, porque se sustenta en que la interpretación que realizó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia sobre la naturaleza jurídica de su vinculación laboral fue equivocada, lo que demuestra que lo pretendido es que el juez constitucional reabra el debate de instancia, actuación que le está vedada porque no puede suplantar al juez ordinario ni lesionar su autonomía judicial.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Remitidos los expedientes a esta corporación, la Sala de Selección Número Seis mediante Auto del día dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011), dispuso su revisión por la Corte Constitucional y su acumulación por presentar unidad de materia con el radicado en esta Corte con el número T-3093713, el que finalmente se desacumuló a través de auto del treinta (30) de septiembre del presente año, al considerarse que si bien la temática contenida en dichos expedientes es similar, existen elementos jurídicos que singularizan la situación fáctica contenida en éste último y que no permite que sea fallado en una misma sentencia.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las providencias proferidas en el trámite de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación de los casos, problema jurídico a resolver y metodología a seguir para solucionarlo.

2.1. Presentación de los casos.

2.1.1. Mediante acción de tutela, los actores solicitan la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, defensa e igualdad, vulnerados, a su juicio, por el defecto consistente en el desconocimiento del precedente constitucional, atribuido a los fallos emitidos, respectivamente, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, por medio de los cuales, no se accedió a las súplicas de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho a las que acudieron separadamente en contra de la Fiscalía General de la Nación, entidad que los desvinculó sin motivación de los cargos de carrera en provisionalidad que ocupaban, en su orden, como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha y como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales de Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín.

2.1.2. Según los tutelantes, las entidades judiciales demandadas, con sus actuaciones, consistentes en negar las súplicas de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho a las que acudieron, con el argumento de que quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad no gozan de ningún privilegio ni estabilidad laboral y en consecuencia pueden ser removidos libremente de sus cargos por el nominador sin ninguna motivación, desconocieron el precedente constitucional, según el cual, los actos de retiro de tales servidores públicos debe motivarse, en razón a que gozan de estabilidad laboral relativa, lo que significa que solamente pueden ser removidos por una causa legal.

2.1.3. Los despachos judiciales que conocieron de las acciones de tutela no accedieron a la protección de los derechos invocados. Consideraron que los fallos emitidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, se basaron en el precedente de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según el cual los nombramientos en provisionalidad no le confieren al empleado ningún fuero de inamovilidad, que le impida al nominador retirarlos libremente del servicio. Además, que al juez constitucional le está vedado reabrir el debate de instancia y suplantar al juez ordinario ni lesionar su autonomía judicial.

2.2. Problema jurídico a resolver.

2.2.1. Le corresponde a la Sala de Revisión determinar si en los casos objeto de análisis, se configura la causal de procedencia de la acción de tutela, referida al desconocimiento del precedente constitucional, atribuida por los actores a los fallos emitidos, respectivamente, el 13 de octubre de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira que confirmó el fallo del 13 de agosto de 2009 proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha que denegó las súplicas de la demanda, y del 26 de noviembre de 2010 adoptado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, que revocó la decisión emitida el 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín que accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra la Fiscalía General de la Nación.

2.2.2. Metodología a seguir para solucionar el problema jurídico.

Para solucionar el problema jurídico propuesto, la Sala Tercera de Revisión, reiterará la jurisprudencia sobre los siguientes temas: (i) la doctrina constitucional sobre la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela contra providencias judiciales, haciendo énfasis en el desconocimiento del precedente; (ii) la doctrina constitucional sobre la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación laboral de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. En este apartado, se analizará puntualmente lo siguiente: a) el

deber de motivar los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad; b) el contenido de la motivación de tales actos; c) la nulidad de los actos de desvinculación de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, como consecuencia de la falta de motivación de los mismos y, d) la procedencia de la acción de tutela de acuerdo a las circunstancias concretas y las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia constitucional para proteger los derechos fundamentales vulnerados y, (iii) la Sala de Revisión entrará a solucionar el problema jurídico planteado.

3. La doctrina constitucional sobre la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Esta corporación, tanto en sentencias de control abstracto de constitucionalidad², como en fallos emitidos por la Sala Plena³ y por las distintas Salas de Revisión al revisar decisiones de instancia proferidas por los jueces de tutela⁴, se ha pronunciado sobre la procedencia del amparo constitucional contra providencias judiciales.

3.2. En efecto, en la sentencia T-343 de 2010, la Sala Tercera de Revisión hizo un recuento de la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, empezando por la sentencia C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-462 de 2003 y C-590 de 2005, así:

"La acción de tutela contra providencias judiciales ha sido uno de los aspectos más debatidos en la historia del recurso de amparo en Colombia. En una primera etapa se tuvo en cuenta dicha posibilidad de impugnación con base en la interpretación del mismo artículo 86 de la C.P, según el cual la acción de tutela procede "contra cualquier autoridad pública".

3.2 Empero, la sentencia C-543 de 1992 declaró la inexequibilidad de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que daban la posibilidad de interponer la tutela contra providencias judiciales por considerar que desvirtuaban las reglas de competencia de la acción de tutela fijadas por la Constitución Política. No obstante lo anterior, y en la misma providencia se previno que frente a ciertas actuaciones de hecho imputables al funcionario judicial que desconocieran o amenazaren los derechos fundamentales sí resulta procedente la acción de tutela porque, 'En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia'⁵.

3.3 Con esta interpretación la Corte acoge desde entonces la tesis de que los operadores jurídicos al tomar decisiones judiciales pueden llegar a equivocarse, actuar arbitrariamente o con negligencia y de esta manera vulnerar los derechos fundamentales de las personas que acuden al sistema judicial y por ende es procedente la tutela. La Corte poco a poco ha ido decantando la jurisprudencia en este sentido y ha reconocido la posibilidad de impugnar a través de la acción de tutela, providencias judiciales por la vulneración de los derechos fundamentales.

3.4 Las sentencias proferidas inmediatamente después de la sentencia C-543 de 1992, como la T-079 de 1993⁶ y T-158 de 1993⁷, precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la administración de justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

3.5 En esa dirección, la sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado 'vía de hecho' respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los siguientes vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que fue precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1185 de 2001 y SU-159 de 2002.

3.6 Desde la sentencia T-462 de 2003⁸, la Corte revaluó el concepto de 'vía de hecho', que había sido definido como el acto absolutamente caprichoso, arbitrario⁹ y grosero, y estableció que dicha posibilidad de accionar se denominará 'causales genéricas de procedibilidad'¹⁰ de la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, en la sentencia T-462 de 2003, explicó que el cambio de denominación se debió a la '... urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado...'

3.7 Cuota importante en la mencionada evolución la aportó la Sentencia C-590 de 2005¹¹, en donde los precedentes jurisprudenciales adoptados por vía de tutela se vieron corroborados a través de una sentencia de constitucionalidad con efectos erga omnes¹². En dicha jurisprudencia se enumeraron varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que se necesitan acreditar para que ésta proceda. En primer lugar se enumera el (i) Defecto orgánico que se presenta 'cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello'; en segundo lugar (ii) el Defecto procedimental absoluto 'que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido'; en tercer término (iii) el Defecto fáctico 'que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión'; en cuarto lugar (iv) el Defecto material o sustantivo 'como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión'; en quinto lugar (v) Error inducido, 'que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales'; en sexto término (vi) Decisión sin motivación, 'que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional'; en séptimo lugar (vii). 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.¹⁴; en

octavo lugar (viii) Violación directa de la Constitución, en eventos, "... en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales. (Negrilla fuera de texto)".

3.3. Además de lo anterior, se recordó en la sentencia C-590 de 2005, citada en la sentencia T-343 de 2010 que se ha venido mencionando, que la procedencia de la acción de tutela está supeditada no solamente a la acreditación de alguna de las causales específicas o defectos, sino al cumplimiento de los requisitos genéricos de procedibilidad, así:

"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 jurisdicciones¹⁵. 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 irremediable¹⁶. 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 vulneración¹⁷. 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 actora¹⁸. 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 posible¹⁹. 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 tutela²⁰. 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 toman definitivas".

3.4. En síntesis, según la uniforme y sólida jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela procede de manera excepcional y subsidiaria contra providencias judiciales, siempre y cuando se demuestre en el caso concreto el cumplimiento estricto tanto de los requisitos generales de procedibilidad del amparo constitucional que habilitan acudir al mismo, como cualquiera de los defectos descritos que se relacionan con la procedencia de la protección pedida, con la consecuente amenaza o vulneración de derechos fundamentales de las partes o de los intervinientes en el proceso.

3.5. En los casos analizados por la Sala, los demandantes alegan que las entidades judiciales demandadas al emitir las providencias que definieron en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incurrieron en desconocimiento del precedente constitucional, razón por la cual se hará precisión sobre la mencionada condición especial de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

4. Breve caracterización del desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Según lo sostenido por esta Corte, los jueces pueden tener y de hecho tienen diversas comprensiones del contenido de una norma jurídica, razón por la cual le atribuyen distintos efectos. Esa actividad interpretativa que se realiza con base en el principio de autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por 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, si es que tienen superior funcional. Esta regla se convierte en precedente. En materia constitucional, la Corte Constitucional constituye el órgano de cierre y de unificación de jurisprudencia²¹, en los asuntos de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, será en su caso, la Corte Suprema de Justicia²² y el Consejo de Estado, respectivamente, los autorizados para establecer la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales. En los asuntos no conocidos por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, serán los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los encargados de fijar la pauta interpretativa en materia judicial. De esta manera, las distintas Salas de los Tribunales están atadas a sus decisiones anteriores²³.

4.2. De esta manera, según lo sostenido por esta corporación, el desconocimiento del precedente²⁴ constituye un defecto o causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, cuando la decisión judicial vulnera o amenaza derechos fundamentales de las partes²⁵. En este orden, el precedente vertical y el horizontal (fijados, respectivamente, por el funcionario de superior jerarquía y, por el mismo juez u órgano de similar jerarquía), vinculan al juez, debido a la igualdad de trato jurídico en aplicación de la ley (art. 13 C.P), de donde se infiere que la autonomía judicial se encuentra limitada por la eficacia de los derechos fundamentales y en especial por el debido proceso judicial²⁶.

4.3. No obstante, salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria²⁷, la regla del respeto del precedente no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse, así como tampoco convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta, sino que debe armonizarse, de tal manera que se asegure la eficacia de los principios y derechos fundamentales que indican seguir el precedente, dentro de los que se encuentran la igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, así como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia. De tal suerte que el funcionario judicial solamente puede apartarse de su precedente o del precedente establecido por su superior funcional, siempre y cuando, de forma expresa, amplia y suficiente, explique las razones por las cuales cambia su posición²⁸. De no hacerlo, la consecuencia no es otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

4.4. En cuanto al valor normativo de los precedentes constitucionales en materia de control abstracto de constitucionalidad, reitera la Sala, que las decisiones emitidas por esta corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de derecho y se convierten en doctrina constitucional obligatoria²⁹.

4.5. En la construcción dogmática de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, esta corporación 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 jurídico 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"*³⁰.

4.6 Es decir, tienen fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva del fallo que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive³¹, esto es, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, indispensable y necesaria que fundamente o soporte de manera directa la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella³².

4.7. En consecuencia, las decisiones emitidas por la Corte Constitucional pueden ser desconocidas de las siguientes formas: *"(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad"*³³; y *(iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela"*³⁴. Similar consideración puede hacerse respecto de las sentencias con efectos *erga omnes* proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando actúa como juez de constitucionalidad de los actos administrativos, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva³⁵.

4.8. De tal manera que los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales que se originan en la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, deben ser respetados, pues los mismos cumplen funciones de carácter fundamental en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado, como el colombiano, teniendo en cuenta que: (i) se dirigen a suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) impiden una caprichosa variación de los criterios de interpretación que ponga en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, debido a que las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de las autoridades judiciales, con lo cual, ellas difícilmente pueden programar de manera autónoma sus actividades y, (iii) aseguran la vigencia del principio de igualdad, debido a que no es justo que casos iguales sean resueltos de forma distinta por un mismo juez³⁶.

4.9. En suma, ha considerado esta corporación que se vulnera la Constitución cuando se desconocen sentencias con efectos *erga omnes* tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues tales pronunciamientos de constitucionalidad vinculan a todos los operadores jurídicos. De la misma forma, cuando los jueces de la jurisdicción ordinaria en la aplicación de una norma legal, restringen sin motivación suficiente, o en esas condiciones contrarían sustancialmente la interpretación con carácter de precedente de un derecho fundamental que ha realizado la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución, a más de desconocer el precedente vinculante, se viola de manera directa la Constitución³⁷. En la última hipótesis, la acción de tutela procede como medio de defensa para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

5. La doctrina constitucional sobre la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación laboral de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

En este apartado, precisa la Sala que siguiendo la jurisprudencia de esta corporación, particularmente la vertida en la sentencia SU-917 de 2010, se tratarán brevemente los temas relacionados con (i) el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad; (ii) el contenido de la motivación en esos supuestos; (iii) la nulidad de los actos de desvinculación de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, como consecuencia de la falta de motivación de los mismos y, (iv) la procedencia de la acción de tutela de acuerdo a las circunstancias concretas y las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia

constitucional para proteger los derechos fundamentales vulnerados.

5.1. El deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

5.1.1. Tanto en sentencias de control abstracto de constitucionalidad³⁸, como en fallos de tutela, esta corporación ha expresado de manera reiterada y uniforme que en aquellos casos en los cuales se ocupen cargos de carrera administrativa en provisionalidad, es necesario la motivación del acto de desvinculación o de declaración de insubsistencia del nombramiento, con la finalidad de garantizar al afectado el debido proceso y el derecho de defensa³⁹.

5.1.2. En este sentido, ha sostenido la jurisprudencia que aunque la administración pública está autorizada por la Constitución y por la ley para realizar nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, buscando con ello una eficiente prestación del servicio y precaver parálisis en la administración pública, una vez desplegada dicha facultad, no puede proceder a desvincular o a declarar insubsistente al funcionario público, sin motivar debidamente el acto administrativo⁴⁰, con la finalidad de evitar la arbitrariedad por parte de la administración, la que además, no puede confundirse con discrecionalidad⁴¹. En otros términos, la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso⁴².

5.1.3. En este orden, se persigue que no se coloque a la persona en una indefensión constitucional, sino que se garantice el debido proceso y por consiguiente, ser oído y disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio en condiciones de igualdad, esto es, alegar y probar cuanto estimare conveniente en posición similar a sus contendientes, pues no es justo ni lógico que al afectado por un acto administrativo, salvo en los casos de libre nombramiento y remoción, no se le indiquen las razones formales y materiales, normativas y fácticas del retiro para que pueda defenderse del señalamiento que se le hace, con la consecuente vulneración del debido proceso (art. 29 C.P). Al no permitirse una real defensa jurídica, ello trae como consecuencia la restricción del acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 C.P), en razón a que la motivación es indispensable para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴³. La obligación de motivar los actos administrativos, se extiende a la administración aún en los casos de desvinculación de funcionarios de carrera en provisionalidad, en procesos de reestructuración de la administración⁴⁴.

5.1.4. En las situaciones descritas, para que el acto administrativo de desvinculación se considere motivado, no es suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relaciona de manera directa e inmediata con el caso particular y concreto del servidor público afectado, o la utilización de expresiones formales tales como "*por los motivos expresados*" para proceder a la desvinculación, sino que es forzoso explicar de manera "*clara, detallada y precisa*" las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión⁴⁵.

5.1.5. La línea jurisprudencial antes descrita, fue reiterada y precisada recientemente por la Sala Plena de esta corporación en la sentencia SU-917 de 2010, de la siguiente forma:

" (...) 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 adoptadas⁴⁶.

- 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 constitucional"⁴⁷, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado 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"⁴⁸.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado"⁴⁹. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos⁵⁰.

- 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.

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades⁵¹, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que "no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades".

Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquellos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones⁵² y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular⁵³, aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional⁵⁴.

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. (...)"

5.1.6. En la citada sentencia, concluyó la Corte que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad "no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión".

5.2. El contenido de la motivación en la hipótesis descrita.

5.2.1. En la sentencia glosada, respecto del contenido de la motivación de los actos administrativos de desvinculación o declaratoria de insubsistencia de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, sostuvo la Corte:

"b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de 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 CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de 'razón suficiente' en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado"⁵⁵. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"⁵⁶.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"⁵⁷.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentran en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa⁵⁸ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables

empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, 'la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados'⁵⁹.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple 'cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular'⁶⁰, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁶¹. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁶². Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen 'explícitas' en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración⁶³, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos".

5.2.2. En cuanto al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad en el régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación, en la mencionada sentencia, manifestó la Corte:

"De acuerdo con el artículo 253 de la Constitución, al Legislador corresponde, entre otros asuntos, determinar 'lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio'. El artículo 5º transitorio constitucional dio facultades al Presidente de la República para 'expedir las normas que organicen la Fiscalía General de la Nación', como en efecto se hizo con el Decreto 2699 de 1991, 'por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación'.

El Decreto Ley 2699 de 1991 consagró el régimen de carrera para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación (art. 65 y siguientes), donde el artículo 73 autorizó la vinculación excepcional mediante provisionalidad⁶⁴ y el artículo 100-5 el retiro por 'insubsistencia discrecional, en los cargos de libre nombramiento y remoción'.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, señaló que la Fiscalía General de la Nación tendría su propio régimen de carrera, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, "orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman" (art. 159), norma ésta declarada exequible por la Corte Constitucional⁶⁵.

El Decreto Ley 261 de 2000 modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación y lo relativo al régimen de carrera de la institución (Título VI), en cuyo artículo 117 consagró la vinculación en provisionalidad⁶⁶.

Finalmente, la Ley 938 de 2004, 'por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación', reguló la administración de personal y el régimen especial de carrera. El artículo 70 autorizó el nombramiento excepcional en provisionalidad⁶⁷, mientras que el artículo 73 estipuló el retiro de la carrera mediante acto motivado y en los demás casos en ejercicio de la facultad discrecional⁶⁸.

Los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004 fueron objeto de control constitucional en la Sentencia C-279 de 2007. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de dichas normas, "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 fundamento jurídico la Sala reafirmó su extensa jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación y sobre esa base condicionó la validez de las normas objeto de control. (...).

La línea jurisprudencial trazada en relación con el deber de motivación de los actos de retiro de servidores de la Fiscalía General de la Nación vinculados en provisionalidad ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores y recientes de esta Corporación⁶⁹.

5.2.3. Es decir, la obligación de motivar los actos de desvinculación o retiro de los servidores públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, es exigible a los nominadores tanto del régimen general, como a los del régimen especial de carrera administrativa, dentro de los que se encuentran la Fiscalía General de la Nación.

5.3. La nulidad de los actos de retiro del servicio de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, como consecuencia de la falta de motivación de los mismos.

5.3.1. En la sentencia que se ha venido citando, expuso la Sala Plena de esta Corte que la falta de motivación de los actos de retiro de los cargos en provisionalidad, involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, puesto que a más de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P), se desconocen otras normas de jerarquía superior como la cláusula del Estado de Derecho (art. 1º C.P), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 C.P), de donde se hace imperativo "asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva". En otras palabras, la motivación es un requisito de validez, de donde se infiere que los actos que carecen de ella están viciados de nulidad. Por ello, en estos casos "basta considerar las disposiciones constitucionales que rigen el retiro con sujeción al debido proceso en los cargos y entidades del Estado en general y en la Fiscalía General de la Nación en particular"⁷⁰. De

ordinario, frente a situaciones como la descrita, se deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.4. Procedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos inmotivados de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y medidas para la protección de los derechos fundamentales que puede adoptar el juez constitucional.

5.4.1. A pesar de que la acción de nulidad y restablecimiento, en principio, es el medio idóneo dispuesto en el ordenamiento jurídico para provocar el control de legalidad del acto por medio del cual se desvincula a un servidor público de un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, la acción de tutela resulta ser el medio eficaz o adecuado para controvertir tales actos cuando la administración no expresa las razones para adoptar la decisión. En estos casos, se deben tener en cuenta los siguientes lineamientos⁷³:

1) La existencia de otros medios de defensa judicial no implica por sí misma que la solicitud de amparo constitucional sea declarado improcedente, pues el juez está en la obligación de establecer si las acciones disponibles otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a ellas⁷². Si los medios ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos formas distintas, dependiendo de la circunstancias del caso: a) si los medios ordinarios de defensa proveen ampliamente un remedio integral, pero no de manera expedita para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso por la vía ordinaria y, b) cuando las acciones comunes no son susceptibles de resolver el problema de manera integral, la acción de tutela procede de forma directa, como medio idóneo y eficaz de protección de los derechos fundamentales⁷³.

5.4.2. En las hipótesis antes contempladas, en la amplia jurisprudencia de esta corporación se han adoptado distintas medidas de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso⁷⁴: (i) a veces *"la Corte se ha limitado a ordenar la motivación del acto de insubsistencia, por considerar que de esta forma se permite al administrado conocer las razones de la entidad con base en ellas ejercer su derecho de contradicción y defensa"*⁷⁵, (ii) en otras oportunidades *"dispone que la Administración motive la insubsistencia en un término perentorio y, en el evento de no hacerlo, proceda al reintegro del servidor público desvinculado. Ha considerado que el silencio ´ equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada"*⁷⁶, y, (iii) al constatarse la amenaza *"de un perjuicio irremediable, ha ordenando el reintegro transitorio del servidor público al cargo del cual fue retirado sin motivación alguna"*⁷⁷, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa resuelva definitivamente la controversia. Incluso, en ciertas ocasiones, ha dejado sin efecto de manera definitiva el acto de retiro⁷⁸.

2) Ahora bien, cuando lo que se reclama es la nulidad del acto y el consecuente reintegro, en principio existe otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, siguiendo la premisa según la cual, los medios de defensa deben valorarse en cada caso concreto, de acuerdo a su eficacia material y a las circunstancias especiales de quien acude a la protección constitucional, la Sala considera que *"tratándose de la omisión al deber de motivación de los actos de retiro de cargos ocupados en provisionalidad, es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de los derechos fundamentales"*⁷⁹.

5.4.3. En el supuesto descrito, de acuerdo a lo sostenido por la Sala Plena de esta Corte⁸⁰, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es incompatible, ni excluye el ejercicio de la acción de tutela, por las siguientes razones: a) la posición del Consejo de Estado, consistente en que el nominador puede declarar la insubsistencia sin que deba hacer explícitas las razones para ello, es contraria abiertamente a la posición sólida, uniforme y reiterada que por más de una década ha sostenido la Corte Constitucional, según la cual existe un deber inexcusable de motivación de los actos de retiro; b) la abierta discrepancia trae como resultado previsible, con detrimento del erario público, el trámite de procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los que aún cuando es evidente que el acto está viciado por la falta de motivación y por tanto da lugar a su nulidad, la reclamación sea nugatoria, en razón a que no se obtiene la protección concreta y el restablecimiento del derecho, debiendo entonces acudir al amparo constitucional contra providencias judiciales y, c) resulta inequitativo y desproporcionado exigir al ciudadano la activación y el agotamiento del medio ordinario de defensa, en razón a que frente al acto inmotivado de insubsistencia, se encuentra impedido para controvertir ante el juez administrativo, con la plena garantía del debido proceso, las razones que llevaron al nominador a su desvinculación del servicio público, pues no las conoce al momento de acudir en la respectiva acción ordinaria. De allí que pueda afirmarse que no dispone de todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para ejercer una plena defensa de sus derechos, precisamente por la ausencia de motivación del acto de retiro.

5.4.4. En este orden, 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 específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, referido al desconocimiento del precedente constitucional⁸¹, al desatenderse de forma abierta la *ratio decidendi* de la jurisprudencia, sólida, reiterada y uniforme, que *"desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Constitución"*⁸², lo que trae como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

5.4.5. En esta hipótesis, previa la constatación en cada caso del cumplimiento de los requisitos genéricos y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (desconocimiento del alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias), la Corte Constitucional ha adoptado medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos vulnerados, que se relacionan directamente con las circunstancias planteadas en el caso⁸³, así: (i) cuando en el proceso ordinario o

ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el juez de tutela debe dejar sin efectos la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional⁸⁴. En este supuesto, el reintegro al cargo sólo procederá cuando el cargo específicamente desempeñado, no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En tal evento, sólo 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 concurso⁸⁵; (ii) cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia, debido a que las mismas se profirieron en contravía de la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela debe dejar sin efectos el fallo de última instancia y ordenar que se dicte un nuevo fallo ajustado al precedente constitucional⁸⁶, y, (iii) cuando en oportunidades anteriores se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a emitirlo o lo hace en contravía de las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada, el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe adoptar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia en condiciones de igualdad⁸⁷.

5.4.6. Se concluye entonces que frente a la desvinculación o declaratoria de insubsistencia del nombramiento en un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, sin la motivación explícita de las razones que llevaron al nominador a adoptar esa decisión, procede, en principio, la acción nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, esta acción no resulta materialmente eficaz para la protección de sus derechos, lo que autoriza al afectado para que acuda a la acción de tutela como medio idóneo para la defensa de los mismos, debido a que el administrado tiene derecho a conocer puntualmente las razones que provocaron su retiro del servicio, como garantía que integra el debido proceso, el respeto al Estado de Derecho y a los principios democrático y de publicidad, por tratarse de una garantía mínima de control de la arbitrariedad de la administración⁸⁸.

5.4.7. En síntesis, el acto de desvinculación o declaratoria de insubsistencia en el nombramiento en un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, aunque del mismo no se predique la estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, surge la obligación en cabeza del nominador de motivarlo con argumentos claros, detallados y precisos, como por ejemplo, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica referida al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario. En este sentido, no se entenderá válidamente motivado el acto de retiro de los mencionados servidores públicos, cuando las razones invocadas se hagan de manera genérica sobre la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una inexistente facultad discrecional, o la simple cita de información doctrinaria o de jurisprudencia que no tenga relación directa e inmediata con el caso tratado.

6. Solución de los casos concretos acumulados.

La Sala Tercera de Revisión, debe resolver el problema jurídico planteado, consistente en establecer si se configura la causal de procedencia de la acción de tutela, referida al desconocimiento del precedente constitucional, atribuida por los actores a los fallos emitidos, respectivamente, el 13 de octubre de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira que confirmó el fallo del 13 de agosto de 2009 proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Rihacha que denegó las súplicas de la demanda, y del 26 de noviembre de 2010 adoptado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, que revocó la decisión emitida el 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín que accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra la Fiscalía General de la Nación.

Para el cumplimiento de dicho cometido, enseguida (i) se verificará en los casos analizados, la acreditación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte, consignada principalmente en la sentencia C-590 de 2005 y, (ii) se pasará concretamente al análisis de la causal específica de procedibilidad o defecto atribuido por los actores a las decisiones emitidas, en su orden, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia.

6.1 Verificación en los casos concretos el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad.

6.1.1 Relevancia constitucional.

En los asuntos acumulados que son objeto de revisión, encuentra la Sala que contienen una marcada relevancia constitucional, así: (i) se refieren a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso efectivo a la administración de justicia, al haber sido desvinculados de la entidad en la que desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad sin que se motivaran los actos de retiro, (ii) se encuentra involucrada la vigencia de los principios constitucionales como la cláusula de Estado de derecho, el principio democrático y de publicidad en las actuaciones de la administración, (iii) se plantea una problemática relacionada con la obligatoriedad para los operadores jurídicos del precedente de la Corte Constitucional, cuando en sentencias de tutela fija el alcance de los derechos fundamentales, así como (iv) es necesario asegurar la existencia de recursos judiciales efectivos para la salvaguardia de los derechos fundamentales.

6.1.2 Agotamiento de recursos.

Las acciones de tutela se dirigen contra las sentencias emitidas en segunda instancia, en su orden, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y de Antioquia que definieron los recursos de apelación contra lo decidido en primera instancia por los despachos judiciales que conocieron de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que acudieron los actores. En las situaciones analizadas, se encuentra acreditado el agotamiento de los recursos procedentes.

6.1.3 Inmediatez.

Los actores cumplieron con el requisito de inmediatez, en la medida en que, respectivamente, entre la fecha de emisión de las sentencias reprochadas y la interposición de las acciones de tutela transcurrió un término que para la Sala resulta razonable y proporcionado. En efecto, el 13 de octubre de 2010 se profirió fallo de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y el 12 de noviembre de 2010 se radicó acción de tutela contra la citada sentencia. De la misma manera, el 26 de noviembre de 2010 se emitió fallo por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia en el otro proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, notificado por edicto que permaneció fijado en la Secretaría del Tribunal entre el 14 y 18 de enero de 2011, contra el que se acudió en acción de tutela el 01 de febrero de 2011.

6.1.4 Irregularidad procesal.

En los casos examinados, se alega la violación de derechos fundamentales como consecuencia del presunto desconocimiento por parte de los operadores jurídicos del precedente vertido en las sentencias de la Corte Constitucional sobre la obligación de motivar los actos administrativos de desvinculación de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Es decir, no se trata de una irregularidad procesal sino del desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

6.1.5 Identificación de los hechos y derechos invocados y del fundamento de la afectación.

Los actores identificaron de forma razonable tanto los hechos que originaron la vulneración como los derechos invocados. Igualmente plantearon con claridad los fundamentos de la violación de los derechos atribuida a las decisiones judiciales emitidas que definieron en segunda instancia la apelación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho a las que acudieron separadamente.

6.1.6 Tutela contra sentencias de tutela.

No se trata de acciones de tutela contra sentencias emitidas en acciones de tutela, sino de solicitudes de amparo constitucional contra decisiones emitidas en segunda instancia por los despachos judiciales que definieron dos acciones contencioso administrativas de nulidad y restablecimiento del derecho.

Encontrándose acreditados los requisitos formales de procedencia de las acciones de tutela en los casos concretos, la Sala enseguida pasa, como se anunció, a realizar el estudio del defecto atribuido por los tutelantes a las decisiones que desataron la apelación de las decisiones emitidas en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho a los que acudieron separadamente.

7. Análisis de la causal de procedibilidad atribuida por los actores a los fallos emitidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo que puso fin a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho a las que acudieron separadamente.

7.1. Luz Esperanza Gómez Asís y Jorge Alberto Álvarez Duque, consideran que los fallos que definieron en segunda instancia los procesos de nulidad y restablecimiento, respectivamente, el 13 de octubre de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y el 26 de noviembre de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, desconocieron la *ratio decidendi* de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, referida a la necesidad de motivar los actos de desvinculación o de declaratoria de insubsistencia de los cargos de carrera en provisionalidad. A juicio de los actores, esta irregularidad aparejó la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

7.2. Enseguida la Sala verificará las razones por las cuales los operadores jurídicos al definir las acciones contencioso administrativas no accedieron a las pretensiones de los actores y si las mismas se ajustan a la jurisprudencia constitucional.

7.3. En efecto, en el fallo del 13 de octubre de 2010, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha de fecha 13 de agosto de 2009, por medio del cual denegaron las súplicas de la demanda incoada por Luz Esperanza Gómez Asís, en contra de la Fiscalía General de la Nación. Para llegar a esta decisión, aclaró previamente que los precedentes jurisprudenciales que citó se entienden referidos al fuero de estabilidad y no a la motivación del acto de desvinculación pues en este aspecto se trata de un hecho superado, debido a que el nominador, en cumplimiento de una orden de tutela, expuso los motivos que lo llevaron al retiro de la actora del servicio público, como se advierte de lo expuesto en la Resolución 2515 del 20 de junio de 2005, que es precisamente lo que origina el control de legalidad, en donde se sostuvo que la desvinculación se debió a "(i) (...) razones del servicio -tal como se desprende del literal f) de la Resolución 2515 del 20 de junio de 2005 y ii) en uso de la facultad discrecional".

7.4. Expuso que ese Tribunal se aparta del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la necesidad de motivar los actos administrativos de insubsistencia o de desvinculación de los cargos de carrera en provisionalidad y hace suyos los argumentos consignados en la sentencia del 13 de marzo de 2003 que unificó los criterios en la Sección Segunda del Consejo de Estado, reiterada en varias oportunidades, en el sentido de que dichos servidores públicos no cuentan con ningún fuero de estabilidad en el empleo, razón por la cual pueden ser removidos de sus cargos en uso de la facultad discrecional. Manifestó igualmente que la actora no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo que la desvinculó del cargo que ocupaba en la Fiscalía General de la Nación.

7.5. Por su parte, en el otro caso analizado, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2010, la Sala Novena de Decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, revocó la sentencia del 18 de diciembre de 2009, adoptada por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín, que accedió a las súplicas de la demanda iniciada por Alberto Álvarez Duque en contra de la Fiscalía General de la Nación. Para llegar a esa decisión, se apoyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de que no se requiere motivar el acto de

insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad.

7.6. Para esta Sala de Revisión es claro que en los dos casos analizados, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de la Guajira y de Antioquia al negar la nulidad de los actos administrativos de desvinculación de los actores y el correspondiente restablecimiento de sus derechos incurrieron en una de las causales de procedencia de la acción de tutela, al desconocer la *ratio decidendi* de las múltiples sentencias emitidas por la Corte Constitucional como intérprete con autoridad de la Constitución, en donde ha fijado de manera reiterada y uniforme desde hace más de 12 años el alcance del derecho fundamental al debido proceso administrativo, en el sentido de que debe motivarse con razones claras, detalladas y precisas el acto administrativo de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, de donde se infiere que la posición asumida por los despachos judiciales de instancia conlleva un abierto desconocimiento de la Carta Política, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia y por tal razón, la acción de tutela resulta procedente para asegurar la eficacia de tales garantías básicas.

7.7. Lo afirmado se explica en el primer caso al analizar el argumento expuesto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira consistente, según se anotó antes, en que los precedentes citados en la sentencia se circunscriben al fuero de estabilidad y no a la motivación del acto, pues ese aspecto se superó debido a que en cumplimiento de lo ordenado por un juez de tutela, la Fiscalía General de la Nación motivó el acto de retiro.

7.8. En cuanto al aspecto mencionado, esta Sala de Revisión encuentra que por orden del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha al decidir una acción de tutela, la Fiscalía General de la Nación el mismo día que reintegró a la actora⁸⁹, profirió un segundo acto administrativo de retiro⁹⁰ en donde consignó a manera de motivación de lo decidido lo siguiente: "*f)(...) encontrarse en situación de libre nombramiento y remoción, puede válidamente ser desvinculada por razones del servicio a través del mecanismo de insubsistencia del nombramiento, en ejercicio de la facultad del nominador*", "*g) La potestad nominadora en la Fiscalía General de la Nación, se encuentra en cabeza del Fiscal General de la Nación, de conformidad con el numeral 2º, artículo 251 de la Constitución y numeral 20, artículo 11 de la ley 938 de 2004 (...)*" y, se apoyó en la sentencia del 13 de marzo de 2003 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad no cuentan con ningún fuero de estabilidad, pues no ingresaron al servicio público por concurso de méritos, de tal forma que pueden libremente ser removidos del cargo por el nominador sin expresar las razones de su decisión.

7.9. En las condiciones anotadas, encuentra esta Sala de Revisión que a más de no haberse motivado el primer acto de retiro, las razones consignadas en el segundo acto administrativo por orden de un juez de tutela, no son válidas para la desvinculación de un servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad. De un lado, en los fundamentos que sirven de motivación, se reitera el argumento consistente en que los cargos de carrera ocupados en provisionalidad no cuentan con ningún fuero de estabilidad, pudiendo ser declarados insubsistentes por el nominador sin ninguna motivación. Del otro, las razones invocadas no son claras, detalladas y precisas, sino generales sobre la naturaleza provisional del nombramiento y se refieren a que la accionante no pertenece al sistema de carrera administrativa. Además, se apoya en una inexistente facultad discrecional en cabeza del Fiscal General de la Nación para desvincular servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad en esa entidad, así como se citó jurisprudencia del Consejo de Estado que igualmente restringe la interpretación que por vía de autoridad ha realizado la Corte Constitucional sobre el respeto por el debido proceso administrativo en los actos de desvinculación de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Es decir, las razones que sirvieron de soporte para retirar a la actora del cargo de carrera en provisionalidad que ocupaba en la Fiscalía General de la Nación, no están relacionadas con la provisión definitiva del cargo de la lista de elegibles por quien superó el concurso de méritos, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica relacionada con el servicio que prestó o que debería prestar la tutelante.

7.10. Ahora bien, en el segundo caso analizado por la Sala de Revisión, basta con verificar el contenido del acto administrativo de retiro del actor del cargo de carrera en provisionalidad que ocupaba y las consideraciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia para concluir que la decisión emitida está incurso en la mencionada causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

7.11. En efecto, mientras que la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución número 0-1736 del 4 de mayo de 2005, declaró insubsistente al actor del cargo de carrera en provisionalidad que ocupaba como Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, siguiendo las *"facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política"*, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, a pesar de la inexistencia de motivación del acto de desvinculación del cargo que ocupaba el actor, no accedió a la declaratoria de su nulidad, con fundamento en la posición del Consejo de Estado consistente en que no hay necesidad de motivar los actos de desvinculación de cargos de carrera en provisionalidad porque quienes los ocupan, no tienen ningún fuero de estabilidad.

7.12. Para esta Sala de Revisión, como se sostuvo en precedencia, es indudable que las sentencias emitidas en segunda instancia, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho incoadas separadamente por los actores, desconocen el precedente constitucional de esta corporación sobre la necesidad de motivar los actos administrativos de retiro de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, lo que aparejó la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia de Luz Esperanza Gómez Asís y de Jorge Alberto Álvarez Duque.

7.13. Por las razones expuestas, esta Sala de Revisión revocará los fallos de tutela proferidos, en su orden, el 23 de febrero de 2011 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado que negó el amparo invocado por Luz Esperanza Gómez Asís y el 4 de marzo de 2011 por la Sección Quinta del Consejo de Estado que rechazó por improcedente la solicitud de protección constitucional a la que acudió Jorge Alberto Álvarez Duque. En consecuencia tutelaré los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y acceso a cargos y funciones públicas de los actores.

7.14. De igual forma, dejará sin efectos las sentencias, adoptadas, respectivamente, el 13 de octubre de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira, que confirmó la sentencia del 13 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Esperanza Gómez Asís contra la Fiscalía General de la Nación y, del 26 de noviembre de 2010 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se revocó el fallo del 18 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín que accedió a las súplicas de la demanda, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se inició Alberto Álvarez Duque en contra de la Fiscalía General de la Nación.

7.15. En su lugar declarará la nulidad de las Resoluciones 0-1728 del 4 de mayo de 2005 mediante la cual se declaró la insubsistencia inmotivada del cargo que desempeñaba la señora Luz Esperanza Gómez Asís y de la Resolución 0-2515 del 20 de junio de 2005, que en cumplimiento de una orden de tutela declaró la insubsistencia motivada, pero sin que las razones invocadas cumplieran las exigencias mínimas respecto de su contenido material, como se expuso en el apartado 7.1.9 de esta providencia.

7.16. De igual forma, confirmará la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín que accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por Alberto Álvarez Duque en contra de la Fiscalía General de la Nación, que es la decisión que en este caso se ajusta a la jurisprudencia constitucional.

7.17. Se precisará que en los casos analizados, el reintegro a los cargos sólo procederá cuando los cargos específicamente desempeñados, no hayan sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos. De haber sido provistos los cargos por concurso de méritos, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso, como lo consideró la Corte, entre otras, en las sentencias SU-917 de 2010 y T-656 de 2011, como quedó explicado en el apartado 5.4.5 de esta sentencia. Así mismo, se dispondrá que si los demandantes se vincularon a la administración pública durante el tiempo que duró su desvinculación y recibieron salarios y prestaciones, la Fiscalía General de la Nación, podrá deducir tales emolumentos en aplicación del artículo 128 constitucional, siguiendo lo dispuesto por esta Corporación en la sentencia SU-691 de 2011⁹¹.

7.18. Se aclarará que para todos los efectos legales, el reintegro al cargo que venían desempeñando los actores, opera sin solución de continuidad y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir debe hacerse desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, realizando las actualizaciones pertinentes.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, el fallo proferido el 23 de febrero de 2011 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado que negó el amparo invocado por Luz Esperanza Gómez Asís. En consecuencia TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y acceso a cargos y funciones públicas de la actora.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia adoptada el 13 de octubre de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Guajira, que confirmó la sentencia del 13 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Riohacha, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Esperanza Gómez Asís, contra la Fiscalía General de la Nación.

TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones 0-1728 del 4 de mayo de 2005 y 0-2515 del 20 de junio de 2005, mediante la cuales, en su orden, el Fiscal General de la Nación declaró la insubsistencia inmotivada del nombramiento en el cargo que desempeñaba Luz Esperanza Gómez Asís denominado Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha y, que en cumplimiento de una orden de tutela declaró la insubsistencia motivada, sin el cumplimiento de las exigencias mínimas respecto de su contenido material.

CUARTO.- PRECISAR que el reintegro al cargo de la señora Luz Esperanza Gómez Asís, sólo procederá en el evento en que el cargo específicamente desempeñado antes del retiro, no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos por la Fiscalía General de la Nación. De haber sido provisto el cargo por concurso de méritos, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

QUINTO.- REVOCAR el fallo emitido el 4 de marzo de 2011 por la Sección Quinta del Consejo de Estado que rechazó por improcedente la solicitud de protección constitucional a la que acudió Jorge Alberto Álvarez Duque. En consecuencia TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y acceso a cargos y funciones públicas del actor.

SEXTO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 26 de noviembre de 2010 proferida por la Sala Novena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se revocó el fallo del 18 de diciembre de 2009, proferido por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín que accedió a las súplicas de la demanda, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Jorge Alberto Álvarez Duque en contra de la Fiscalía General de la Nación. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Administrativo del Circuito de Medellín, el 18 de diciembre de 2009, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el

reintegro del accionante en las condiciones allí dispuestas, con la precisión consistente en que lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral segundo de la parte resolutive del citado fallo, deberá entenderse en el sentido de que el reintegro al cargo del señor Alberto Álvarez Duque, sólo procederá en el evento en que el cargo específicamente desempeñado antes del retiro, no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos por la Fiscalía General de la Nación. De haber sido provisto el cargo por concurso de méritos, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

SÉPTIMO.- ACLARAR que para todos los efectos legales, el reintegro al cargo que venían desempeñando los actores, opera sin solución de continuidad y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir debe hacerse desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, realizando las actualizaciones pertinentes, o hasta la fecha en que el cargo se proveyó por el sistema de carrera si tal situación aconteció, conforme viene ordenado en los numerales cuarto y sexto. En todo caso, si los demandantes se vincularon a la administración pública durante el tiempo que duró su desvinculación y recibieron salarios y prestaciones, la Fiscalía General de la Nación, podrá deducir tales emolumentos en aplicación del artículo 128 constitucional.

OCTAVO.- por Secretaría General, LÍBRENSE la comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Según la afirmación contenida en los antecedentes consignados a folio 3 del fallo de primera instancia en la acción de tutela proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

2 Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005 y C-591 de 2005.

3 Sentencias SU-429 de 1998, SU-087 de 1999, SU-542 de 1999, SU-563 de 1999, SU-786 de 1999, SU-960 de 1999, SU-962 de 1999, SU-061 de 2001, SU-858 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-132 de 2002, SU-159 de 2002, SU-881 de 2005, SU-901 de 2005, SU-540 de 2007, SU-813 de 2007, SU-891 de 2007, SU-038 de 2008, SU-811 de 2009, SU-913 de 2009 y SU-917 de 2010.

4 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: T-207/96, T-194/97, T-162/98, T-204/98, T-001/99, T-323/99, T-106/00, T-852/00, T-003/01, T-539/02, T-955/02, T-012/03, T-1107/03, T-1217/03, T-027/04, T-003/04, T-1244/04, T-076/05, T-692/05, T-1317/05, T-016/06, T-1072/06, T-563/07, T-678/07, T-1059/07, T-012/08, T-1275/08, T-249/09, T-947/09, T-043/10, y T-1015/10.

5 La Corte afirmó: *"Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, (...)"*. (negrilla fuera del texto).

6 En la sentencia T-079 de 1993, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: *"Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona (...). Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad (...). La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla."* (negrilla fuera del texto).

7 También se pueden citar las sentencias T-173 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández), T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

8 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

9 Sentencia T-008 de 1998.

10 Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

11 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

12 La Sentencia se profirió en la revisión de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, en donde la Corte estableció que una cosa es que el legislador no permita la utilización de recursos contra las sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de casación en materia penal en desarrollo de su libertad de configuración y, otra muy distinta, que excluya la procedencia de la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública.

13 Sentencia T-522/01.

14 T-049 de 2007.

15 Sentencia 173/93.

16 Sentencia T-504/00.

17 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

18 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

19 Sentencia T-658-98

20 Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

21 En las sentencias T-1092 de 2007 y T-441 de 2010 se reiteró que "*Las decisiones tomadas por la Corte pueden ser desconocidas de las siguientes cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.*"

22 Sentencia C-836 de 2001.

23 Sentencias, SU-047 de 1999, T-688 de 2003, T-340 de 2004 y T-683 de 2006.

24 En la sentencia T-766 de 2008, esta Corte ha indicado que el precedente judicial vinculante lo componen aquellas consideraciones jurídicas que de manera cierta y directa están dirigidas a resolver la situación fáctica sometida a consideración del juez. Está atado a la *ratio decidendi* o razón central de la decisión anterior, la que a su vez se origina de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso. Entonces, la *ratio decidendi*: (i) constituye la regla aplicada por el juez en el caso concreto; (ii) se establece mediante el problema jurídico analizado en relación con los hechos del caso concreto y (iii) al ser una regla se debe seguir en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella.

25 Sentencia C-590 de 2005.

26 Sentencias SU-047 de 1999, SU-120 de 2003, T-683 de 2006, T-049 de 2007, T-441 de 2010 y T-443 de 2010.

27 Ver sentencias C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.

28 Sentencias T-1625 de 2000 y T-161 de 2010.

29 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-836 de 2001 y SU-1300 de 2001.

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

31 En la sentencia SU-1300 de 2001, sostuvo la Sala Plena de esta Corte que en la sentencia "*SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la ratio decidendi de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el "deber mínimo" de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.*"

32 Sentencias C-037 de 1996 y SU-1300 de 2001.

33 En la sentencia C-860 de 2006, se sostuvo que la cosa juzgada material no puede entenderse como la petrificación de la jurisprudencia, sino como un instrumento que busca asegurar el respeto por el precedente, pues lo contrario podría provocar injusticias inaceptables. De tal suerte que frente al precedente vertido en una decisión anterior, cuando existan razones que motiven un cambio jurisprudencial, como por ejemplo, un nuevo contexto fáctico o normativo, la Corte Constitucional, puede apartarse de la decisión adoptada en un pronunciamiento previo e inclusive puede llegar a la misma decisión, pero por motivos adicionales o heterogéneos. Por ello, el juez constitucional debe evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas, aún en aquellos eventos en que los textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad.

34 Sentencias T-1092 de 2007 y T-441 de 2010.

35 Sentencia T-808 de 2007.

36 Sentencia T-130 de 2009.

37 Sentencia C-590 de 2005.

38 Como se mencionó en la sentencia T-104 de 2009 " (...) en la Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se analizaba la constitucionalidad de la expresión sin motivar la providencia contenida en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, pues según el demandante desconocía el debido proceso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción toda vez que admitía su desvinculación arbitraria por parte de la administración, la Corte analizó la necesidad de motivar el acto administrativo para conjurar la arbitrariedad. En pronunciamientos más recientes de constitucionalidad -Sentencia C-279 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa-, esta Corte ha reiterado que la regla general es la necesidad de motivar los actos administrativos, salvo las excepciones consagradas de manera expresa en la ley, regla que se entiende como una consecuencia directa del Estado Social de Derecho, pues solo de esta manera los jueces pueden realizar el control que les corresponde sobre los mismos, y verificar si los funcionarios competentes para la expedición de estos, cumplieron con los requisitos plasmados en la ley para tal efecto y si por tanto, se ajustan o no al ordenamiento jurídico y por ello deben permanecer en él o no".

39 Sobre el tema, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: T-597-04, T-951-04, T-1240-04, T-031-05, T-054-05, T-123-05, T-132-05, T-161-05, T-248-05, T-374-05, T-392-05, T-660-05, T-696-05, T-1117-05, T-1162-05, T-696-05, T-1059-05, T-1159-05, T-1310-05, T-1316-05, T-1323-05, T-024-06, T-081-06, T-070-06, T-170-06, T-222-06, T-254-06, T-257-06, T-432-06, T-634-06, T-873-06, T-974-06, T-064-07, T-132-07, T-384-07, T-410-07, T-464-07, T-729-07, T-838-07, T-857-07, T-887-07, T-1092-07, T-007-08, T-010-08, T-104 de 2009 y SU-917 de 2010.

40 Sentencias T-054 de 2005 y T-104 de 2009.

41 Sobre la diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad puede consultarse las sentencias C-031 de 1995 y T-081 de 2006.

42 Sentencia T-857 de 2007.

43 Sentencias SU-250 de 1998, T-800 de 1998, T-951 de 2004, T-054 del 2005, T-1159 del 2005, T-1323 de 2005, T-081 de 2006, T-410 de 2007, T-838 del 2007, T-010 de 2008 y T-104 de 2009.

44 Sentencia T-010 de 2008.

45 Sentencia C-279 de de 2007, citada en la sentencia T-104 de 2009.

46 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.

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

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

49 "Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

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

51 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

52 En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

53 Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

54 Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad" (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que "un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria" (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que "aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre" (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

55 Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: "Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescindiera de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

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

57 Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

58 CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

59 Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162

60 Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

61 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

62 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

63 En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación", al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, "Las razones del Derecho". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, "La Argumentación en el Derecho". Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, "Argumentación y sentencia". En: Revista DOXA 21, 1998.

64 "Artículo 73. Al iniciar el Período de prueba, la Fiscalía General deberá adelantar programas de inducción que garanticen al nuevo funcionario el adecuado conocimiento de la Institución y de la Rama del Poder Público a la cual ingresa y los derechos, deberes y garantías que adquiere. // Por excepción, de acuerdo con el reglamento, los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente cargos vacantes temporal o definitivamente, con personal no seleccionado mediante concurso.

65 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

66 "Artículo 117. La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. // Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes".

67 "Artículo 70. Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo. Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

68 "Artículo 76. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto. // Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador. // El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa".

69 Cfr. Sentencias T-410 de 2007, T-464 de 2007, T-793 de 2007, T-157 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009, T-186 de 2009 y T-736 de 2009.

70 Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

71 Estos parámetros, según lo sostenido en la sentencia SU-917 de 2010, no son nuevos en la jurisprudencia constitucional, pues los mismos fueron tratados en otras decisiones, dentro de las que pueden consultarse, las "*sentencias SU-250 de 1998, T-683 de 1998, T-610 de 2003, T-1206 de 2004, T-222 de 2005, T-161 de 2005, T-729 de 2007 y T-205 de 2009, entre otras*".

72 En la sentencia SU-917 de 2010 se expuso: "*En relación con la idoneidad y eficacia, la Corte ha sostenido que en ciertas ocasiones los mecanismos ordinarios se reflejan como desproporcionados para quien debe incoarlos, dados los costos que representan y la duración promedio de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa, no resultando entonces idóneos para garantizar en forma inmediata la efectividad de los derechos constitucionales que se anuncian como vulnerados, cuando no son lo suficientemente expeditos para brindar dicha garantía*".

73 Sobre el tema, en la sentencia SU-917 de 2010, se citaron las sentencias SU-961 de 1999, "*T-033 de 2002, T-982 de 2004, T-1168 de 2008 y T-104 de 2009, entre muchas otras*".

74 Sentencia SU-917 de 2010.

75 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250 de 1998, T-683 de 1998, T-610 de 2003, T-1206 de 2004, T-222 de 2005, T-161 de 2005, entre otras.

76 Corte Constitucional, Sentencia T-1240 de 2004. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias T-752 de 2003, T-597 de 2004, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-123 de 2005, T-132 de 2005, T-374 de 2005, T-087 de 2009, entre muchas otras.

77 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-752 de 2003, T-267 de 2005, T-660 de 2005 y T-108 de 2009, entre otras.

78 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-392 de 2005, T-048 de 2009.

79 Sentencia SU-917 de 2010.

80 Sentencia SU-917 de 2010.

81 En la sentencia SU-917 de 2010, se manifestó que "*En la Sentencia T-887 de 2007 la Corte recordó que "La jurisprudencia de la Corte Constitucional puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela*". Cfr., *Sentencias T-292 de 2006, T-086 de 2007, T-158 de 2006, SU-1184 de 2001, T-462 de 2003, T-1625 de 2000, SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999, entre otras*.

82 De la reciente jurisprudencia ver también las sentencias T-170 de 2006, T-254 de 2006, T-410 de 2007, T-887 de 2007, T-1092 de 2007, T-341 de 2008, T-437 de 2008, T-580 de 2008, T-891 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009, T-186 de 2009 y T-736 de 2009".

83 Lineamientos expuestos en la sentencia SU-917 de 2010.

84 Sentencias SU-1158 de 2003, T-170 de 2006, T-891 de 2008

85 Sentencias SU-917 de 2010 y T-656 de 2011. En el último fallo citado, la Sala Séptima de Revisión de esta corporación tuteló los derechos fundamentales invocados y por consiguiente, dejó sin efectos el fallo emitido el 19 de agosto de 2010 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que revocó la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Descongestión de Bogotá, que accedió a la nulidad de la Resolución # 0-2003 del 21 de diciembre de 2001 a través de la cual la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente, sin motivación del actor, el nombramiento del actor en el cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad denominado Profesional Especializado de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones -CTI-. Como consecuencia, esta corporación confirmó lo decidido por el despacho judicial de primera instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

86 Sentencias T-254 de 2006, T-410 de 2007, T-887 de 2007, T-1092 de 2007, T-437 de 2008, T-341 de 2008, T-580 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009 y T-186 de 2009, citadas en la sentencia SU-917 de 2010.

87 Al respecto, en la sentencia SU-917 de 2010, se citaron para su consulta, los siguientes fallos de esta corporación: "*SU-1158 de 2003, T-951 de 2003, Autos 235 de 2003, 149A de 2003, 010 de 2004, 127 de 2004, 141B de 2004, 085 de 2005, 96B de 2005, 184 de 2006, 249 de 2006, 045 de 2007 y 235 de 2008, entre otros*".

88 Sentencia SU-917 de 2010.

89 Resolución número 2522 del 20 de junio de 2005.

90 Resolución número 2515 del 20 de junio de 2005.

91 En esa sentencia, la Sala Plena de la Corte ordenó a las respectivas entidades demandadas descontar las sumas que hubieren devengado los actores, provenientes del Tesoro Público entre el momento de la desvinculación del cargo, hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso. Esta posición fue asumida siguiendo "(...) una línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado, según la cual cuando en la parte resolutive de las sentencias se ordena el descuento de lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos durante el intervalo de tiempo que estuvo desvinculado, resulta ajustado a derecho, puesto que de lo contrario no sólo se estaría generando un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior.

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

Lo anterior conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2002, cuando afirmó que "la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tiene origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraria la Constitución".

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 20:38:35