



Función Pública

Sentencia 341 de 2008 Corte Constitucional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA T-341/08

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución jurisprudencial

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Criterios de procedibilidad

CORTE CONSTITUCIONAL-Formas de desconocimiento del precedente jurisprudencial

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN LA RATIO DECIDENDI DE SENTENCIAS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Existe línea jurisprudencial en el sentido que procede la tutela cuando el juez ordinario se aparte del precedente

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

ACTO ADMINISTRATIVO-Jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de motivar la desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera y están nombrados en provisionalidad

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

EMPLEOS DE CARRERA Y DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Diferencias

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

Referencia: expediente T- 1734129

Acción de tutela instaurada por el señor Luis Fernando Torres Murcia contra el Tribunal Administrativo del Meta.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente.

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sección Quinta y Primera del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Fernando Torres Murcia contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta.

I. ANTECEDENTES.

El señor Luis Fernando Torres Murcia, actuando en su propio nombre, presenta acción de tutela contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, al proferir sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él adelantado contra la Fiscalía General de la Nación, en la cual asegura se incurrió en vía de hecho. Sustenta su demanda en los siguientes

1. Hechos.

Afirma que mediante resolución N° 0-0765 de abril 04 de 1995, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Investigador Judicial de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Villavicencio, desempeñándose durante todo el tiempo de servicio de manera satisfactoria.

Informa que a través de resolución N° 0-2140 de diciembre 16 de 1999, el Fiscal General de la Nación, de forma inmotivada, lo declaró insubsistente como Investigador Judicial I de la Unidad Investigativa de Granada Meta.

Manifiesta que el 02 de mayo de 2000, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó el acto de retiro ante el Tribunal Administrativo del Meta, el cual, mediante fallo de noviembre 22 de 2005, negó las pretensiones de la demanda.

Señala que en la anterior decisión se consideró que no él se hallaba en el escalafón de la carrera, pues en la entidad demandada, es decir, la Fiscalía General de la Nación, aún no se había implementado el sistema de administración de personal, por lo que “su retiro se puede producir por un acto administrativo que no requiere motivación”.

Pone de presente que en la providencia referida, el Tribunal accionado trajo a colación unos hechos ajenos a su demanda, pues afirmó: “Ahora bien en lo que tiene que ver con la desviación de poder alegada por el actor, encuentra la Sala que en efecto a folios 122 y siguientes del plenario obran las diligencias de la investigación disciplinaria seguida en su contra por un accidente de tránsito del vehículo de la Fiscalía General de la Nación empero, la parte actora no solicitó en la debida oportunidad procesal estos documentos como prueba, y por lo demás no era el señor Cabarcas Chaux quien iba conduciendo el automotor, razón por la cual no se puede aducir que ese fue el móvil que determinó la declaratoria de insubsistencia”.

Dice que apeló la mencionada decisión, sin embargo, el Tribunal negó el recurso bajo el argumento de que la citada providencia se había proferido en un proceso de única instancia, de conformidad a la ley 954 de 2005.

Indica que le fue concedido subsidiariamente el recurso de queja, el cual correspondió a la sección segunda del Consejo de Estado, la cual, mediante auto de septiembre 07 de 2006, notificado por estado el 23 de noviembre del mismo año, consideró bien denegado el recurso de

apelación interpuesto contra la sentencia de noviembre 22 de 2005.

Asevera que el Tribunal Administrativo del Meta incurrió en *“vía de hecho”*, pues la Corte Constitucional en las sentencias SU-250 y T-800 de 1998, T-1240 de 2004 y T-170 de 2006, entre otras, *“ha sido reiterativa en el sentido de decir que cuando un funcionario viene ocupando un cargo en provisionalidad y este corresponde a un cargo de carrera administrativa el acto administrativo que lo declara insubsistente debe venir acompañado de una motivación”*, lo cual no tuvo en cuenta la autoridad judicial accionada.

Por último, solicita se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, dejándose sin efecto la sentencia de noviembre 22 de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y ordenándosele al mismo proferir nueva sentencia donde *“se hagan las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda”*.

2. Trámite procesal.

Inicialmente la acción de tutela fue repartida a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien mediante auto de abril 11 de 2007, estimó no ser competente para conocer de la demanda, de conformidad al numeral 2° del artículo 1° del decreto 1382 de 2000, remitiendo las diligencias al Consejo de Estado.

Mediante auto de mayo 14 de 2007, la Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la autoridad judicial accionada. Asimismo, al estimar que la Fiscalía General de la Nación, por ser un *“tercero interesado en las resultas del proceso”*, dispuso su notificación remitiéndole igualmente copia de la demanda.

2.1. Respuesta del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta.

La doctora Teresa de Jesús Herrera Andrade, en calidad de Magistrada Ponente de la sentencia que se cuestiona mediante la presente acción de tutela, solicita se desestime la demanda.

Aduce que en el proceso contencioso administrativo las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas por el ahora accionante, fueron decididas en forma consecuente con las disposiciones legales y las pruebas recopiladas en el expediente. Que el señor Torres Murcia estuvo vinculado a través de nombramiento provisional en un empleo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual no se hallaba amparado de ningún fuero de estabilidad y, por tanto, el nominador podía disponer su retiro del servicio en cualquier momento.

Indica que si bien a folios 6 y 7 de la providencia cuestionada se referían unos hechos que no correspondían a los debatidos en el proceso, éstos correspondían a los apartes de una sentencia proferida por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, que a modo de cita se utilizó para respaldar las consideraciones en que se fundó la decisión.

2.2. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación.

La doctora Gina Astrid Salazar Landinez, en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, dio respuesta a la acción de tutela, oponiéndose a su prosperidad.

Considera que la tutela sólo es procedente en los casos que se requiere promover la protección inmediata de un derecho fundamental, es decir, que entre el hecho amenazante o vulnerador del derecho y la interposición de la demanda debe mediar un término razonable, acorde al principio de inmediatez que ha desarrollado la Corte Constitucional. Que en el presente caso la tutela no fue interpuesta en oportunidad, pues la sentencia que se señala como transgresora de los derechos fundamentales fue proferida el 22 de noviembre de 2005.

De otra parte, estima que conforme a la jurisprudencia constitucional, *“las diferentes tendencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que este tiene y que la misma Constitución Política consagra”*, por lo que no puede ser de recibo que el accionante imponga *“su particular criterio hermenéutico sobre los hechos comentados en tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez ordinario sobre dicho tema, de manera concienzuda y apegada al ordenamiento jurídico”*.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Decisión de primera instancia.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de junio 07 de 2007, decide rechazar por improcedente la acción de tutela presentada, en razón a que a través la misma no es posible dejar sin efectos providencias judiciales.

A su juicio, aceptar que el juez de tutela puede invalidar providencias de otros jueces en asuntos para cuyo conocimiento éstos tienen asignada precisa competencia, se traduce en un claro quebranto al principio democrático de autonomía e independencia del juzgador, que conduce a la violación del trámite propio de los procesos judiciales, en desconocimiento de los postulados jurídicos como el de la cosa juzgada, el de la seguridad jurídica y el de la desconcentración de la administración de justicia, consagrados en el artículo 228 de la Constitución.

2. Impugnación.

Inconforme con la anterior decisión el accionante la impugna. Además de reiterar los argumentos esbozados en la demanda, aduce que la posición asumida por el juez de instancia viola la Carta Política, toda vez que se desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, como la protección constitucional de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial.

3. Decisión de segunda instancia.

La Sección Primera del Consejo de Estado, a través de sentencia de agosto 30 de 2007, luego de compartir las apreciaciones del juez de primera instancia, decide confirmar la sentencia por este proferida. Al respecto consideró que *“como quiera que mediante el ejercicio de la presente acción el ciudadano Luis Fernando Torres Murcia pretende que revoque una sentencia judicial proferida dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento en el que fue parte demandante, objetivo para el cual la acción de tutela no es procedente, es claro para la Sala que el amparo solicitado no debe prosperar y por ende habrá de confirmarse la sentencia impugnada”*.

III. INSISTENCIA PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

En oficio de noviembre 21 de 2007³, la doctora Gloria Elsa Ramírez Vanegas, en calidad de Secretaria General de la Defensoría del Pueblo *“con asignación de funciones de Defensor del Pueblo”*⁴, presentó ante la Sala de Selección correspondiente, insistencia para que se revisaran las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia. En su concepto el asunto objeto de estudio ameritaba ser abordado por la Corte por las siguientes razones:

“Con el acto administrativo que declaró la insubsistencia del actor, se han violado las disposiciones constitucionales indicadas [arts. 2, 25 y 125 C.N.], por cuanto se desconoció ostensiblemente los fines esenciales del Estado. En efecto, por una parte no cumplió ni hizo cumplir la Constitución en cuanto a la debida garantía de los principios y derechos constitucionales, como la igualdad, el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo, para con el señor Luis Fernando Torres Murcia, y por otra, desconoció claros y elementales principios que rigen la función pública, en cuanto retiró del servicio a un funcionario que desempeñaba un cargo en provisionalidad sin la apertura de concurso o proceso disciplinario.

(...)

Con la actuación de la Fiscalía no se dio protección, ni oportunidad de defensa al actor, en cuanto a la garantía de su derecho a la estabilidad en el empleo, adoptándose un trato discriminado, pues aun estando en provisionalidad, fue retirado del empleo sin ninguna razón jurídica o de conveniencia para el buen servicio.

(...)

En este orden de ideas, no es posible que la administración despida a una persona vinculada en provisionalidad a un cargo de carrera administrativa, cuando no se halla en curso ningún tipo de proceso o investigación disciplinaria ni, tampoco existe ganador en relación con dicho cargo, a través de concurso de méritos, máxime si ostenta condiciones que afecten su subsistencia y la de su grupo familiar.

En síntesis, es evidente que la entidad accionada obró en forma arbitraria al momento de proferir el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del actor, quien ejercía sus funciones en forma provisional, situación prohijada por los jueces de tutela de que se apartaron de la doctrina constitucional, lo cual en suma, irroga un perjuicio grave a los derechos a la igualdad, al debido proceso, trabajo y al mínimo vital”.

La anterior insistencia fue aceptada por la Sala de Selección N° 12, mediante auto de diciembre 06 de 2007, razón por la que el expediente fue seleccionado y repartido al despacho de la magistrada sustanciadora.

IV. PRUEBAS.

A continuación se relaciona el material probatorio que obra en el expediente:

- Copia de la resolución N° 0-0765 de abril 04 de 1995, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se nombra “en el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Villavicencio a: Luis Fernando Torres Murcia identificado con la C.C. (...). Vacante no provista hasta la fecha” (folio 06).

- Copia de la resolución N° 0-2140 de diciembre 16 de 1999, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se decide “Declarar insubsistente el nombramiento efectuado a Luis Fernando Torres Murcia, identificado con la cédula de ciudadanía N° (...), del cargo de Investigador Judicial I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Villavicencio” (folio 08).

- Copia de la sentencia de noviembre 22 de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en la cual se niegan las pretensiones de la demanda del señor Luis Fernando Torres Murcia contra la Fiscalía General de la Nación, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Rad. 50-001-23-31-001-2000-00131 (folios 9 a 15).

- Copia del auto de septiembre 07 de 2006, proferido por la Sección Segunda -subsección B- del Consejo de Estado, que decide “el recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de febrero 7 de 2006, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Meta negó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 22 de noviembre de 2005”. En este auto el Consejo de Estado resuelve: “Estímase bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de noviembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta” (folios 16 a 19).

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela mencionado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la

Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. El actor considera que el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, al proferir la sentencia de noviembre 22 de 2005 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él adelantado contra la Fiscalía General de la Nación, en la cual asegura se incurrió en vía de hecho. Dice que el acto administrativo proferido por el Fiscal General, que lo desvinculó del cargo que desempeñaba en el CTI de la Dirección Seccional de Villavicencio, no fue motivado.

Señala que el Tribunal negó las pretensiones de su demanda apartándose de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, relativa a la necesidad de motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, estimando, por el contrario, que éstos pueden ser separados del cargo mediante acto que no requiere ser motivado.

Por su parte, el Tribunal accionado, a través de la Magistrada Ponente de la providencia atacada, considera que en la misma no se incurrió en vía de hecho en la medida que se falló conforme a la ley y a las pruebas. Igualmente, que el actor no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad y, por tanto, el nominador podía disponer su retiro del servicio en cualquier momento.

La Fiscalía General de la Nación alegó que la acción de tutela carece del presupuesto de la inmediatez, pues con ella se pretende controvertir una sentencia de noviembre de 2005. Asimismo, que el accionante quiere imponer por esta vía al juez contencioso su propio criterio interpretativo de la ley y la jurisprudencia relacionada con su caso, fin para el cual no fue creada la tutela.

Los jueces de tutela coincidieron en rechazar la acción, por considerar que la tutela es improcedente contra providencias judiciales, en virtud de los principios de cosa juzgada, de seguridad jurídica y de desconcentración de la administración de justicia.

2.2. Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala de Revisión establecer si el Tribunal Administrativo del Meta vulneró los derechos fundamentales invocados por el señor Luís Fernando Torres Murcia, al proferir la sentencia de noviembre 22 de 2005 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (Rad. 50-001-23-31-001-2000-00131), en la que se consideró que el acto administrativo que lo desvinculó del cargo que ocupaba en provisionalidad no requería de ser motivado, contrariando lo señalado por la Corte Constitucional en reiteradas sentencias de tutela.

Para dar respuesta al anterior problema jurídico, la Sala previamente hará referencia a (i) los presupuestos establecidos por esta Corporación para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales; posteriormente, se hará referencia a (ii) la jurisprudencia de la Corporación en lo relativo al desconocimiento de sus providencias por parte de otros funcionarios judiciales; finalmente, se expondrá la posición jurisprudencial de la Corte referente a (iii) la necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en cargo de carrera administrativa.

3. La procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Conforme al mandato contenido en el artículo 86 de la Constitución, la Corte Constitucional ha dispuesto una doctrina a cerca de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias expedidas por las autoridades judiciales. En un comienzo, esta atribución tuvo fundamento en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, dichas disposiciones fueron declaradas inexecutable en la sentencia C-543 de 1992, en la cual se consideró que valores como la seguridad jurídica y la cosa juzgada son relevantes en nuestro sistema normativo y justifican la intangibilidad de las decisiones judiciales. No obstante lo anterior, en esa misma providencia se advirtió que ciertos actos no gozan de esas cualidades y que, por tanto, frente a *actuaciones de hecho* la acción de tutela sí procede para proteger los derechos fundamentales; la Corte afirmó en ese entonces:

“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, (...). 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”.

Así las cosas, a partir de la sentencia T-079 de 1993, con base en una decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en donde concedió una acción de tutela contra una sentencia judicial y respetando la *ratio decidendi* de la sentencia C-543 de 1992, paulatinamente se fueron definiendo el conjunto de defectos que tienen el poder de justificar la procedencia del amparo con el fin de que se protejan los derechos fundamentales de quienes acuden al Estado para que resuelva un conflicto a través de la administración de justicia.

Posteriormente, la Corte agrupó el enunciado dogmático “*vía de hecho*”, previsto en cada una de las sentencias en donde se declaró que la tutela era procedente frente a una actuación judicial anómala, e ideó los *criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*. Éstos constituyen pautas que soportan una plataforma teórica general de la acción de tutela contra actuaciones jurisdiccionales y, por tanto, constituyen el trasfondo de las causas que pueden generar la violación de la Constitución, por la vulneración de los derechos fundamentales en la cotidianidad de las prácticas judiciales.

La nueva enunciación de tal doctrina ha llevado, en últimas, a redefinir el concepto de *vía de hecho*, declarado como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario⁵, producto de la carencia de una fundamentación legal y con la suficiente envergadura para concernir al juez constitucional. En su lugar, con la formulación de los *criterios*, se han sistematizado y racionalizado las causales o defectos con base en un mismo origen: la penetración de la Constitución y los derechos fundamentales en la rutina judicial. Al respecto, en la sentencia T-949 de 2003, la Sala Séptima de Revisión explicó lo siguiente:

“Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.).

“En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por 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 (Sentencia T-462 de 2003)”.

Además, en la sentencia T-1285 de 2005, esta Sala de Revisión expuso cada uno de los *criterios de procedibilidad* de la siguiente manera:

“La sistematización de los criterios o causales a partir de los cuales es posible justificar el advenimiento de una tutela contra una decisión judicial, ha generado que la Corte advierta dentro de ellos la obligación del operador de respetar los precedentes y de guardar respeto y armonía entre su discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales previstos en la Constitución⁶. En este punto es necesario prevenir que la Corporación ha definido e identificado dentro del ejercicio jurisdiccional, la obligación de argumentar suficientemente cada una de sus decisiones y también de ponderar con claridad los derechos fundamentales que se encuentren en disputa. El principio de eficacia de los derechos fundamentales y el valor normativo de la Constitución obligan al juez a acatar, emplear e interpretar explícitamente las normas legales aplicables a un caso concreto, pero también a justificar y ponderar las pugnas que se llegaren a presentar frente a la Carta Política⁷ y los derechos fundamentales⁸.

“Pues bien, conforme a los anteriores presupuestos y como recapitulación de las diferentes decisiones adoptadas, la Corte ha identificado y congregado a los criterios en seis apartados que ha definido de la siguiente manera⁹:

i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido¹⁰.

ii)

ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas¹¹.

iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia¹².

iv) Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos¹³.

v) Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales 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.

vi) Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto " (negrilla fuera de texto original).

El hecho que se configure una causal de procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial, en todo caso y sin lugar a equívocos lleva a la conclusión que el juez en su decisión ha incurrido en una "actuación defectuosa" que ha suscitado la vulneración de los derechos fundamentales de uno o varios ciudadanos, la cual debe ser reparada.

4. Procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de sentencias de tutela.

Esta Corporación, como garante de la Constitución, fija el contenido de ésta a través de su jurisprudencia. Tal contenido puede ser determinado a través de sentencias de constitucionalidad o de tutela. Por medio de las últimas, en virtud del carácter objetivo o de determinación del alcance de los derechos fundamentales que la tutela tiene en sede de revisión.

Las jurisprudencia de la Corte Constitucional puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable 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) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela.

Dado el tema a que remite el asunto *sub judice*, la Sala en esta oportunidad sólo se referirá a la última enunciada, esto es, a la procedibilidad de la tutela contra providencias que desconocen la *ratio decidendi* de sentencias de tutela de la Corte Constitucional.

Pues bien, así como las consideraciones inescindibles de la parte resolutive de sentencias de constitucionalidad atan a los jueces ordinarios en su interpretación, la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela de la Corporación también vinculan a los jueces ordinarios en sus providencias judiciales pues, para no desconocer la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales se hace necesario seguir los lineamientos que la Corte Constitucional, como intérprete de la Carta, le ha dado a través del carácter objetivo o unificador de la tutela en sede de revisión.

La Corte al abordar problemas jurídicos semejantes al del presente caso, consideró que el desconocimiento de las providencias de tutela conllevaba una vulneración indirecta de la Constitución y, por tanto, constituía la denominada en su momento vía de hecho.

En efecto, en las dos sentencias de tutela que se reseñan a continuación esta Corporación tuvo que analizar si el desconocimiento del precedente de tutela por parte de jueces que actúan como jueces ordinarios implicaba vía de hecho.

En la Sentencia T-082 de 2002, la Corte conoció de una tutela interpuesta contra una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. En esta providencia, el alto tribunal había aumentado las penas principal y accesoria impuesta al actor –casacionista único- de 2 a 3 años (24 a 36 meses), argumentando que el sentenciador de primera instancia había violado el principio de legalidad de la pena, al desconocer los topes mínimos fijados por la ley sustantiva que se encontraba vigente para la época en que se consumó el hecho delictivo investigado.

Al analizar el caso la sentencia señaló:

“puede afirmarse que el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria considera que el principio de la no reformatio in pejus debe interpretarse sistemáticamente con el principio de la legalidad, de forma tal que el primero ceda ante el segundo. Así, el acto jurisdiccional sujeto a control puede ser modificado, en perjuicio del condenado, cuando aquél desborde abiertamente los límites de la juridicidad y afecte el interés público. Con este criterio, en sede de casación, la Sala Penal de la Corte Suprema viene modificando aquellas sentencias condenatorias en las que encuentra violado el principio de legalidad de la pena, sin perjuicio de que las mismas hayan sido demandadas únicamente por el condenado.

4.3.3. Esta Corporación, en ejercicio de su función de guardiana “de la integridad y supremacía de la Constitución” (C.P. art. 241), en reiterada jurisprudencia, se ha encargado de establecer una línea doctrinal uniforme en torno al tema, concluyendo “que la garantía constitucional que prohíbe la reformatio in pejus no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues sólo así se garantiza la efectividad del artículo 31 de la Carta y del principio de certeza jurídica en el fallo.”¹⁵

(...)

[La Corte], como intérprete autorizado de la Carta Política, discrepa abiertamente de la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto considera que ni el principio de legalidad de la pena, ni ningún otro principio procesal, constituyen un límite constitucional válido a la garantía prevista por el artículo 31-2 Superior, según la cual, “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”. En las Sentencias de Unificación de Jurisprudencia SU.327 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y SU.1553 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la Sala Plena de la Corte explicó y justificó su posición (...)

4.3.4. No sobra precisar que la posición asumida por esta Corporación en relación con el alcance del artículo 31-2 Superior, se convierte en criterio obligatorio para todas las autoridades judiciales a quienes les compete interpretar y aplicar la norma. Inicialmente, por cuanto la misma constituye doctrina constitucional¹⁶. Pero además, por cuanto tales pautas de interpretación forman parte de una línea jurisprudencial uniforme y coherente que, por provenir del órgano de cierre de la jurisdicción y hacer parte de la ratio decidendi de sus fallos, “funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano”¹⁷.

En lo que corresponde a esto último, ya la Corte había señalado que “si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece, tal como se desprende, con toda nitidez, del fallo C-083 de 1995 que, al declarar la exequibilidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1.887, fijó el alcance de la expresión ‘doctrina constitucional’ ”¹⁸. En el mismo sentido, precisó recientemente, que “...la función de la Corte, en materia de derechos constitucionales, consiste en lograr ‘la unidad interpretativa de la Constitución’¹⁹, razón por la cual se ha entendido que la doctrina constitucional en la materia es obligatoria²⁰, en especial, la ratio decidendi²¹, que construye el precedente judicial²² ”²³.

4.3.5. Así las cosas, los jueces que integran la jurisdicción ordinaria, dentro de los cuales se cuenta a la Corte Suprema de Justicia, están en la obligación de aplicar el principio de la no reformatio in pejus, consagrado en el artículo 31 de la Carta, de la forma en que éste resulte más garantista a los intereses jurídicos del condenado, por ser él quien detenta la titularidad del derecho subjetivo previsto en la norma. Cualquier interpretación contraria a este postulado, que conlleve un desconocimiento flagrante del Estatuto Superior e implique un desafío de la doctrina constitucional sobre la materia, “permite que la jurisdicción constitucional exija el respeto por los principios de supremacía constitucional y de eficacia de los derechos fundamentales”²⁴.

En otras palabras, la aplicación del artículo 31-2 Superior, por fuera de los cánones establecidos en la preceptiva constitucional citada y en contra de lo dispuesto por el intérprete autorizado de la Carta, constituye una vía de hecho que puede ser declarada en sede de tutela, cuando no existan otros medios de defensa judicial que garanticen el restablecimiento efectivo de los derechos fundamentales afectados. Ello, por cuanto el desconocimiento del precedente constitucional, en últimas, se traduce en un desconocimiento directo de la Carta Política.” (subrayas ajenas al texto)

En consecuencia, la Corte resolvió:

“DECLARAR que es nula por violación de los artículos 2º, 4º, 29 y 31 de la Constitución Política, la Sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 2 de agosto de 2000, en cuanto agravó la situación del señor Servio Tulio Benítez Gómez, único demandante en sede de casación.

(...)

CUARTO: ORDENAR a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a resolver nuevamente la casación interpuesta por el señor Servio Tulio Benítez Gómez, con sujeción a los parámetros señalados en esta Sentencia, para lo cual no podrá agravar la pena impuesta por los jueces penales de instancia.” (subrayas ajenas al texto)

Obsérvese cómo el deber de sujeción a la doctrina de la Corte es tal que en la misma parte resolutoria, además de dejar sin efectos la actuación, se indican parámetros bajo los cuales debe ser proferida la nueva sentencia.

Por otra parte, en la Sentencia T-688 de 2003, la Corte conoció de una tutela interpuesta contra la decisión de un Tribunal Superior en materia de necesidad de agotamiento de la vía gubernativa para iniciar la acción de reintegro. El Tribunal, desconociendo que en anterior fallo había estimado que no era preciso agotar la vía gubernativa, cambió su posición y declaró próspera la excepción de agotamiento de la vía gubernativa.

Contra tal decisión judicial se presentó acción de tutela por estimar que desconocía el derecho a la igualdad por no haber fallado de la misma manera que lo había hecho en el caso anterior y por juzgar que no atendía la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

Al conocer el caso, la Sala Séptima de Revisión estimó que al no proceder en los procesos de fuero sindical el recurso extraordinario de casación los fallos de los tribunales eran los encargados de unificar la interpretación en la materia. En este orden de cosas, sus posiciones no podían ser contradictorias, so pena del desconocimiento del precedente horizontal.

Además, juzgó que a pesar de que la Corte Suprema no podía trazar un parámetro para el caso sí lo había hecho la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de dos de sus sentencias de tutela. La posición fijada por esta Corporación como órgano de cierre del sistema judicial colombiano en materia constitucional, no podía ser obviada por constituir el precedente vertical para los tribunales. Al haber sido desconocido tal precedente se había incurrido en vía de hecho por violación indirecta de la Constitución.

En efecto, según la posición fijada previamente por la Corte al no proceder vía gubernativa frente a la declaratoria de insubsistencia del empleado oficial con fuero sindical, no era posible exigir el agotamiento de ésta dentro de la acción de reintegro por fuero sindical. Al analizar el caso particular dijo la Corte:

“Precedente vertical y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

(...)

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha dictado reglas en materia de fuero sindical, pues no procede el recurso de casación en esta temática. Así mismo, se ha negado considerar la temática en la oportunidad de la tutela, por las razones arriba indicadas. Es decir, en punto al fuero sindical, no existe precedente de la Sala de Casación Laboral. Lo mismo no ocurre con la Corte Constitucional, quien ha fijado claras reglas sobre el requisito de agotamiento del procedimiento gubernativo, en procesos en los que se analizó el tema del fuero sindical.

Existe como antecedente la sentencia T-001 de 1999, es en sentencia T-1189 de 2001, donde resulta claro que la ratio decidendi involucró considerar cómo se entendía cumplido el requisito del artículo 6 del Código Procesal del Trabajo. En dicha oportunidad la Corte confirmó la decisión de negar la tutela adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de un grupo de ciudadanos en contra del Juzgado 4 Laboral del Circuito de Cúcuta y contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad. La Corte consideró que los demandantes –empleados públicos– no agotaron la vía gubernativa, en los términos del Código Contencioso Administrativo y, por lo mismo, no podía reputarse como inconstitucionales las decisiones judiciales demandadas. En la misma oportunidad, la Corte no consideró que esta postura –aplicación del código Contencioso Administrativo– desconociera el principio de favorabilidad de que trata el artículo 53 de la Constitución. Es decir, existe un precedente fijado por (...) –la Corte Constitucional– que vincula a todas las autoridades judiciales del país.

15. En el presente caso, dada la declaración de insubsistencia, no era posible agotar vía administrativa alguna. En consecuencia, aplicando el precedente de la Corte, fijado en la sentencia antes mencionada, bastaba presentar la demanda de reintegro, como en efecto lo hizo el demandante.

Prima facie, el juez demandado no podía apartarse del precedente fijado por la Corte Constitucional, incurriendo, en consecuencia, en violación de la Constitución.

(...)

Resulta claro que al apartarse del precedente fijado por el mismo tribunal y por la Corte Constitucional, sin ofrecer razones suficientes, se desconoció el principio de confianza legítima del demandante, quien, de buena fe, se apoyó en dichos precedente para reclamar la protección de sus derechos.

Conclusión

17. Teniendo en cuenta lo anterior, además del desconocimiento del precedente horizontal, en la decisión demandada se desconoció el precedente de la Corte Constitucional en la materia, configurándose una violación indirecta de la Constitución (Sentencia T-441 de 2003), razón suficiente para que proceda la tutela en esta oportunidad.” (subrayas ajenas al texto)

Con base en las anteriores consideraciones, se resolvió:

“Segundo. ORDENAR a la Sala 4 de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que, en el término de diez (10) días dicte nueva sentencia, en la cual tenga en cuenta los precedentes existentes en la materia y las reglas de seguimiento de las mismas.” (subrayas ajenas al texto)

Así las cosas, el juez ordinario que desconozca los precedentes de tutela deberá proferir una nueva decisión ajustada a éstos, puesto que del desconocimiento se derivó una violación indirecta de la Carta, y un caso omiso de lo dispuesto por el órgano de cierre del sistema judicial en materia constitucional.

Con base en las sentencias citadas en el presente aparte se puede concluir que cuando un juez desconoce en un proceso ordinario los parámetros de interpretación de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional en sede de revisión procede la tutela contra la providencia que desconoció el precedente de esta Corporación²⁵.

5. Necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad (reiteración de jurisprudencia).

La Corte Constitucional ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación.

Paralelamente, se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental.

Finalmente se ha indicado que tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrado en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

Un recuento pleno de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de protección al debido proceso administrativo en el asunto bajo estudio fue realizado por la sentencia T-951 de 2004, en la cual después de determinada la procedencia de la tutela, la Sala evidenció que sí se había presentado una vulneración por la carencia total de motivación del acto de desvinculación de la funcionaria en provisionalidad²⁶. Dijo la Corporación *in extenso*:

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

(...)

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

(...)

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

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

exista justa causa para ello.²⁷ ”.

(...)

En la sentencia C-734 de 2000 la Sala Plena de la Corte acogió las consideraciones vertidas en la SU-250 de 1998 a propósito de la revisión de la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968²⁸. Allí advirtió nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es similar a los que ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe.

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

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

(...)

Con posterioridad, en la sentencia T-610 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de tutelas de la Corte concedió la protección constitucional a la empleada del Hospital departamental de Nariño, quien había sido desvinculada de un cargo de carrera que venía ejerciendo en provisionalidad. La Corte determinó que “la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado²⁹”.

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

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción. (sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

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

Nuevamente, en sentencia T-1011 de 2003, la Sala Séptima de Revisión de tutelas estudió el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que, aunque reconocía estar ocupando un cargo en provisionalidad, alegaba que el mismo era de carrera y que, por ello, gozaba de cierta estabilidad que consistía en que su desvinculación no podía ser decretada sin motivación alguna. Aunque la tutela fue denegada en aquella oportunidad porque el demandante no logró demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte reconoció que “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen³⁰”.

Ahora bien, el aporte relevante de esta sentencia es el énfasis que se hace en el respeto por el derecho de los trabajadores a no ser desvinculados sino por motivos realmente vinculados con el interés público, y la proscripción de la arbitrariedad que en muchos casos se

suscita cuando para reemplazarlos se nombra personal en provisionalidad, sin justificación alguna.

(...)

Finalmente, en la sentencia (...) T-597 de 2004, la Corte protegió el derecho de una funcionaria de la CAR cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, en un cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad. En el caso particular, la Sala se preguntó si violaba “los derechos fundamentales de una madre cabeza de familia” el que la entidad nominadora “declare la insubsistencia de su nombramiento en el cargo (...) al cual accedió sin haber participado en un concurso de méritos.” (Sentencia T-951 de 2004)

Posteriormente a la recopilación jurisprudencial, en la Sentencia T-1206 de 2004, la Sala Primera de Revisión concedió la tutela a una Fiscal Delegada ante Juzgados Municipales, que fue desvinculada por resolución no motivada, pese a estar ocupando un cargo de carrera, aunque en provisionalidad. Por último, en la Sentencia T-070 de 2006 se consideró que la falta de motivación en el acto de desvinculación de una funcionaria nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera de la Alcaldía Mayor de Tunja constituía un desconocimiento al debido proceso administrativo.

La jurisprudencia en materia de tutela ha ido de la mano del análisis de constitucionalidad abstracto que ha abordado asuntos semejantes a la necesidad de motivar la desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de carrera y están nombrados en provisionalidad. En efecto, en la Sentencia C-734 de 2000, 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 afirmó:

“la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario.”

Posteriormente se trajo a colación la sentencia SU-250 de 1998, en los siguientes apartes:

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

(...)

“[S]egún se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatus de libre nombramiento y remoción”.

Al hacer la lectura completa del artículo 26, la Corte estimó que la anotación en la hoja de vida evitaba ejercicio arbitrario de la autoridad. Afirmó la Corporación:

“la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la

Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.” (subrayas ajenas al texto)

Nótese cómo la Corporación para determinar que la expresión sin motivación se ajustaba totalmente a la Constitución conformó la unidad normativa de todo el artículo 26. Es decir que tuvo en cuenta dos argumentos: la consagración constitucional de los funcionarios de libre nombramiento –en oposición a los de carrera- y el deber de anotar los motivos de la desvinculación en la hoja de vida. Bajo tal *ratio decidendi* se declaró ajustada a la Carta el mencionado artículo.

Con base en la compilación jurisprudencial se puede afirmar que (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o in tuitu personae y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.

6. Caso concreto.

6.1. El señor Luís Fernando Torres Murcia considera que el Tribunal Administrativo del Meta vulneró sus derechos fundamentales al proferir la sentencia de noviembre 22 de 2005 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él adelantado contra la Fiscalía General de la Nación. Informa que demandó ante el Tribunal accionado la resolución N° 0-2140 de 1999 que lo desvinculó de forma inmotivada del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad³¹. No obstante, indica que el Tribunal negó las pretensiones de su demanda desconociendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la necesidad de motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, considerando, por el contrario, que podía ser separado del cargo mediante acto que no requería de motivación.

En primer término, debe dejarse en claro que examinadas las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que el accionante presentó la tutela una vez fueron resueltos los recursos judiciales procedentes contra la sentencia cuestionada, es decir, cuando estos fueron desatados de manera definitiva. En efecto, el señor Torres Murcia elevó recurso de apelación contra la sentencia de noviembre 22 de 2005, el cual fue negado por el Tribunal accionado, mediante ³². Concedido el recurso de queja contra el auto anterior, la Sección Segunda -Subsección B- del Consejo de Estado, a través de auto de septiembre 07 de 2006, estimó *“bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de noviembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta”* (folio 18)³³.

Así entonces, se tiene que el actor no acudió directamente a la acción de tutela hasta tanto no fuera despejada previamente la posibilidad de poder apelar la sentencia ahora cuestionada, lo cual no fue posible, demostrando así un uso racional de los mecanismos judiciales a su alcance.

6.2. Para entrar en materia y para una mayor claridad en el asunto objeto de análisis, la Sala procederá a transcribir la resolución N° 0-2140 de diciembre 16 de 1999, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, así como los apartes pertinentes de la sentencia de noviembre 22 de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta. Dice el acto administrativo:

“Resolución N° 0-2140 (16 Dic 1999)

Por la cual se declara insubsistente un nombramiento.

EL FISCAL GENERAL DE LA NACION

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

RESUELVE

ARTICULO 1°. *Declarar insubsistente el nombramiento efectuado a LUIS FERNANDO TORRES MURCIA, identificado con la cédula de ciudadanía N° (...), del cargo de INVESTIGADOR JUDICIAL I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Villavicencio.*

ARTICULO 2°. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.*

COMUNIQUESE Y CUMPLASE” (folio 08)

Por su parte, la sentencia proferida por el Tribunal accionado abordando el caso concreto del señor Torres Murcia, señala:

“Dentro del plenario se encuentra probado que:

- El actor no se encontraba inscrito en carrera administrativa según oficio N° 0470 del 18 de febrero de 2003, de la Fiscalía General de la Nación (fl. 87 del exp.).

- Mediante Resolución N° 0-0765 del 4 de abril de 1995 fue nombrado el actor, como investigador Judicial de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones, tomando posesión del cargo el 27 de abril de 1995, según acta de posesión N° 716 (fl. 94 al 96 del exp.).

- Según Resolución N° 04464 del 27 de octubre de 1998, suscrita por el Director Seccional Administrativo, fue trasladado de la Unidad Investigativa de Villavicencio, para la Unidad Investigativa de Granada, según extracto de la hoja de vida (fl. 15 del exp.).

- Mediante Resolución N° 0-2140 del 16 de diciembre de 1999, el actor fue declarado insubsistente (fl. 82 y 93 del exp.).

(...)

También se observa que el cargo que desempeñaba el actor era provisional, y no hay prueba en el expediente que demuestre que el accionante hubiera ingresado por concurso de méritos al cargo que ocupaba.

Es cierto que la provisionalidad está dirigida a no interrumpir la prestación del servicio, mientras se hace la designación por el sistema de concurso de méritos, más no, a generar la estabilidad atribuida a los empleados de carrera a quienes se les confía el cargo de carrera en provisionalidad, es decir, que ello no implica que la persona provisionalmente nombrada, no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la ley.

De manera que solamente el sometimiento a las etapas del concurso y la superación satisfactoria de todas ellas son las condiciones para predicar los derechos que otorga la carrera administrativa.

(...)

Para la Sala, la Fiscalía General de la Nación, para la época de los hechos, se regía por el Decreto 2699 de 1991, el cual se encuentra en concordancia con la ley 270 de 1995, Estatutaria de la Justicia, y conforme a estas disposiciones es posible la designación de funcionarios en provisionalidad para aquellos cargos que están clasificados como de carrera, y para la provisión de estos mismos goza de cierta discrecionalidad el Fiscal General de la Nación, pues tal es la interpretación que le ha venido dando el H. Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección B-, M.P. Carlos A. Orjuela Góngora, en la sentencia del 8 de julio de 2000.

Sin embargo, es menester relieves que hasta la fecha la entidad demandada no ha abierto concurso de méritos para proveer en propiedad dichos empleos, en este orden de ideas es forzoso reconocer que el demandante venía desempeñando el cargo de Investigador Judicial I en provisionalidad y en tal carácter no ostentaba fuero de estabilidad alguna, razón por la cual podía ser removido del cargo sin motivación alguna” (folios 09 a 15).

6.3. De la lectura los apartes transcritos, la Sala observa que el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del accionante Torres Murcia de su cargo en la Fiscalía General de la Nación fue proferido sin motivación, razón por la que se examinará si la decisión judicial que decidió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que se discutía la legalidad de dicho acto desconoció ilegítimamente la regla jurisprudencial de la Corte Constitucional referida a la obligación de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia del nombramiento de los funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, la Fiscalía incumplió su deber de motivar el acto administrativo que declaró insubsistente al accionante, pues la única consideración presente en la Resolución 0-2140 de diciembre 16 de 1999 fue el ejercicio por parte del Fiscal General de “sus facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política”, aserto que no constituye motivación alguna susceptible de controvertirse en sede contenciosa.

En consecuencia, de acuerdo con la regla jurisprudencial ya examinada, la Fiscalía incumplió con el deber de motivar el acto y el Tribunal Administrativo del Meta con el de atender a esta circunstancia a la hora de fallar, pues avaló el acto inmotivado al estimar que el Fiscal General de la Nación “goza de cierta discrecionalidad” para designar los funcionarios en provisionalidad, los cuales “no ostentan fuero de estabilidad alguna” y, por tal motivo, “[pueden] ser removidos del cargo sin motivación alguna”.

Lo anterior basta a la Sala para afirmar que habiendo incumplido la Fiscalía con el deber de motivar el acto administrativo que declaró la insubsistencia, esta omisión disminuyó notablemente las posibilidades de defensa del accionante, por lo que en esta ocasión la Sentencia del Tribunal Administrativo del Meta incurrió en una causal de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial. Ciertamente, se desconoció el uniforme, claro y reiterado precedente jurisprudencial de tutela relativa a la necesidad de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera. Al ser la Corte el intérprete con autoridad de la Constitución y haberse establecido que para el respeto del debido proceso administrativo, como derecho fundamental, se hace necesaria tal motivación, la posición asumida por el Tribunal accionado acarrea un desconocimiento indirecto de la Carta.

6.4. La Sala de Revisión no dejará de referirse a la evidente contradicción entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de desvinculación y la posición de los Tribunales Administrativos, entre ellos el ahora accionado, quienes acogen la actual posición del Consejo de Estado³⁴.

Para la primera Corporación es indispensable la motivación para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad sin vulnerar el debido proceso, pues no son equiparables los cargos de libre nombramiento y remoción con los de carrera proveídos en provisionalidad; para los Tribunales al ser equiparables los cargos de libre nombramiento y remoción con los de carrera con nombramiento en provisionalidad no es indispensable motivación alguna para desvincular al funcionario.

Sin embargo, debe destacarse que la diferencia con la jurisprudencia de los jueces contencioso administrativos está en que cuando manifiestan que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hacen desde un análisis de legalidad. En cambio, cuando la Corte Constitucional establece que se debe presentar una motivación lo hace desde un estudio constitucional o iusfundamental.

6.5. Finalmente, la Sala observa que el desconocimiento del precedente se dio sin que se hiciese mención siquiera sumaria de las numerosas providencias de la Corte Constitucional en la materia que decidían en sentido opuesto³⁵ y, por tanto, sin que se argumentara las razones por las cuales no se seguía el precedente jurisprudencial.

La Sala encuentra que a pesar de que el Tribunal motivó su providencia en la forma reseñada, en tal motivación no hizo ninguna argumentación referente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así las cosas, el contenido considerativo del fallo cuestionado se torna insuficiente a la luz de la Carta.

Si bien esta Corporación ha reconocido que puede existir una separación del precedente, en virtud del respeto a la igualdad ésta debe ser motivada de manera suficiente. Es de recordar que la Sentencia C-037 de 1996 declaró exequible el numeral segundo del artículo 48 de la Ley Estatutaria, sobre el alcance obligatorio de las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela, el cual dice que “su motivación constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. No obstante, dicha exequibilidad fue condicionada “bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”³⁶. (subrayas ajenas al texto)

Al omitirse toda mención de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, requisito previo para desvirtuar lo que en ésta se dice, se hace evidente que no se presentaron argumentos para su desconocimiento.

6.6. En conclusión, en el presente caso procede la tutela contra la providencia judicial del Tribunal Administrativo del Meta cuestionada por el actor, en virtud de que desconoció abiertamente el unificado y reiterado precedente de tutela en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Por esta razón, se revocarán las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta y Primera del Consejo de Estado, el 07 de junio y el 30 de agosto de 2007, respectivamente, que rechazaron la acción de tutela de la referencia y, en su lugar, se concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Luís Fernando Torres Murcia. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 22 de noviembre de 2005 (Radicación N° 50-001-23-31-001-2000-00131), ordenándose a dicha autoridad judicial, proferir una nueva decisión sobre la demanda presentada por el actor, teniendo en cuenta los parámetros señalados en la parte considerativa de esta providencia.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la (SIC) sentencias proferidas por la Sección Quinta y Primera del Consejo de Estado, el 07 de junio y el 30 de agosto de 2007, respectivamente, que rechazaron la acción de tutela de la referencia y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Luís Fernando Torres Murcia.

SEGUNDO. - DEJAR SIN EFECTOS, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 22 de noviembre de 2005 (Radicación N° 50-001-23-31-001-2000-00131).

TERCERO. - ORDENAR al Tribunal Administrativo del Meta, que en el término de veinte (20) días, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera una nueva decisión sobre la demanda presentada por el señor Luís Fernando Torres Murcia, teniendo en cuenta los parámetros señalados en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO. - Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Auto a folios 22 a 25 del expediente.

2 Auto a folios 31 y 32 del expediente.

3 Folios 3 a 10 del cuaderno de revisión.

4 De conformidad con la resolución N° 1078 de noviembre 15 de 2007 (folio 11 del cuaderno de revisión).

5 Sentencia T-008 de 1998.

6 Sentencia T-1031 de 2001, argumento jurídico número 6.

7 Al respecto, en la sentencia T-461 de 2003, Sala Séptima de Revisión, en un caso en el que se estudió la tutela contra la pérdida de investidura del señor Jose Jattin Safar, la Corte estimó los siguientes: “(...) resulta claro que la tutela contra providencias judiciales no procede por incurrir el funcionario en vía de hecho (en el sentido administrativo del concepto), sino por violación de la Constitución. En sentencia T-441 de 2003 la Corte recogió y sistematizó estos argumentos fijando parámetros para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, que respondieran a claros criterios constitucionales. Así, se indicó que la tutela procede contra decisiones judiciales cuando se presenta violación directa o indirecta de la Constitución. Es decir, frente a providencias judiciales inconstitucionales. (...)”.

8 Sobre el papel actual que juega el juez en un Estado Social de Derecho véanse las sentencias C-037 de 2000; C-366 de 2000 y SU-846 de 2000.

9 Véanse entre otras, sentencias T-441 de 2003; T-200 y T-684 de 2004 y T-658 y T-939 de 2005 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02, entre otras.

¹¹ Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260/99, T-488/99, T-814/99, T-408/02, T-550/02, T-054/03.

¹² Al respecto, las sentencias SU-014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-852/02, T-705/02.

¹³ Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02.

¹⁴ Sentencias T-522 de 2001 y T-462 de 2003.

¹⁵ Sentencia SU-1553 de 2000.

¹⁶ Cfr. Sentencia C-083 de 1995.

¹⁷ Sentencia C-386/96. Confrontar también la Sentencia SU-1553/2000.

¹⁸ Sentencia SU-327/95. En relación con el efecto vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, también se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-037/96 y SU-640/98.

¹⁹ Sentencia SU-640 de 1998.

²⁰ Sentencia C-600 de 1998.

²¹ Sentencia SU-047 de 1999

²² Sentencia T-1625 de 2000

²³ Sentencia SU-062/2001.

²⁴ Sentencia SU-1553/2000.

²⁵ Sentencia T-410 de 2007: *“La Corte Constitucional ha considerado que cuando esta Corporación, actuando como intérprete auténtico de la Constitución, fija el alcance de un derecho fundamental, los jueces ordinarios no pueden aplicar la ley limitando sustancialmente dicho alcance, y que si lo hacen, procede la acción de tutela en defensa del contenido constitucionalmente vinculante de dicho derecho fundamental. En el presente caso, la Corte mediante las Sentencias T-1206 de 2004, T-222 de 2005, T-392 de 2005 y T-660 de 2005 fijó el alcance del derecho al debido proceso administrativo que protege a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que han sido nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, por lo cual un fallo judicial que desconoce las reglas jurisprudenciales establecidas en dichas sentencias constituye un agravio*

constitucional atendible por los jueces de tutela” (Destaca la Sala).

²⁶ En esta ocasión, la Corte ordenó expedir el acto administrativo indicando las motivaciones, ajustadas a derecho, en virtud de las cuales se determinó la desvinculación. Y añadió la Corporación que en caso de no presentarse motivos ajustados a derecho en la motivación de la desvinculación se debería proceder al reintegro de la afectada. La Corte no ordenó la revinculación, pues en el expediente no constaba prueba suficiente para determinar si la desvinculación sí había tenido motivos suficientes o se había debido al mero capricho de la ^{administración}.

²⁷ Cfr. Sentencia T-800 de 1998.

²⁸ “Decreto Ley 2400 de 1968 Artículo 26.-El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.”

²⁹ Sentencia T-610 de 2003.

³⁰ Sentencia T-1011 de 2003.

³¹ Téngase en cuenta que el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 *Estatutaria de la Administración de Justicia* determina que serán de libre nombramiento y remoción los cargos Vicefiscal General, Secretario General, Directores Nacionales, Directores Seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General y los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, por tanto, los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos, a través de proceso de selección. El empleo que desempeñaba el señor Luis Fernando Torres era el de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Villavicencio, cargo no contemplado legalmente como de libre nombramiento y remoción, por lo que debe considerarse cargo de carrera.

³² Consideró el Tribunal Administrativo del Meta, que en el caso sub-judice se trató de un negocio de única instancia y en consecuencia la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda, no era susceptible de recurso de apelación, de conformidad con el numeral 6° de los artículos 131 y 132 del C.C.A. Señaló el Tribunal que de conformidad con la ley 954 de 27 de abril de 2005, la cuantía requerida para los procesos de primera instancia era de \$38.150.000, y el total reclamado era de \$970.000, monto que no superaba el requerido para que el proceso fuera apelado, como quiera que para la fecha de la interposición del recurso de apelación se encontraba en vigencia la ley 954 de 2005 (folio 16).

³³ Consideró la Sección Segunda del Consejo de Estado que *“no asiste razón a la parte recurrente en cuanto afirma que el presente proceso desde su inicio fue considerado como de dos instancias, es decir antes de la entrada en vigencia de la ley 954 de 2005, pues como ya se advirtió, dicha ley es de orden público, de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata y para la fecha de interposición del recurso, es decir, el 2 de marzo de 2006, había entrado en vigencia, motivo por el cual el Tribunal no podía abstenerse de su aplicación”*.

³⁴ La Sección Segunda del Consejo de Estado sostiene:

a.- El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso, y a la del designado por la vía de libre nombramiento y remoción, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

b.- La condición de haber sido nombrado hasta que se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde facultad para removerlo.

c.- A quien ocupe el cargo en provisionalidad no les es aplicable las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera porque así no lo dispuso la ley.

d.- Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

e.- Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

f.- El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna, si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio.

g.- Su permanencia en el cargo por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni al nominador la obligación de motivar el acto, pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad.

h.- Como no están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora pueden demandar el acto de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad.

³⁵ Eran 13 sentencias las que para la época sostenían la línea jurisprudencial citada, a saber, SU-250/98, T-800/98, T-884/02, T-6107/03, T-752/03, T-597/04, T-951/04, T-1216/04, T-070/06, T-1204/04, T-161/05, T-031/05 y T-132/05.

³⁶-Sentencia C-037 de 1996. Ver en el mismo sentido, la Sentencia C-836 de 2001.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:05:27