



## Sentencia 917 de 2010 Corte Constitucional

SENTENCIA SU-917/10

Ver: Sentencia Consejo de Estado [2011-01750](#) de 2020

CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Casos en que demandantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, y fueron desvinculados de sus empleos sin motivación del acto de retiro

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE NEGARON NULIDAD DE ACTOS DE DESVINCULACIÓN/ ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON INSUBSTANCIA SIN MOTIVACIÓN DEL ACTO

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE ALTAS CORTES-Procedencia excepcional

CARÁCTER VINCULANTE DE LOS PRECEDENTES DE LAS ALTAS CORTES-Se explica a partir de la aplicación de los principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y seguridad jurídica

JURISPRUDENCIA DE ALTAS CORTES-Función de unificación jurisprudencial por cuanto sus precedentes adquieren fuerza vinculante

RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Falta de motivación del acto de desvinculación de provisionales/MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Motivación del acto administrativo

*El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente*

MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Discrecionalidad no es absoluta

*La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA*

ACTOS DE RETIRO-Deber de motivar los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargo de carrera/ ACTOS DE RETIRO-Derecho a conocer cuáles fueron las razones que motivaron la decisión

*La Corte concluye 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*

RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL DAS-Actos administrativos de desvinculación deben ser motivados

RÉGIMEN DE CARRERA EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-Deber de motivar actos de retiro de nombramientos en provisionalidad

CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Vicio de nulidad por falta de motivación de actos de retiro

*La falta de motivación de los actos de insubstancia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C. P.), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 C. P.), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 C. P.), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN DEBER DE MOTIVAR ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD-Procedencia

MOTIVACIÓN DE ACTOS DE INSUBSTANCIA DE CARGOS EN PROVISIONALIDAD-Jurisprudencia del Consejo de Estado y su incompatibilidad con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional

ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS DE RETIRO EN PROVISIONALIDAD CUANDO NO HAN SIDO MOTIVADOS-Alcance

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSTANCIA SIN MOTIVACIÓN DEL ACTO-Procede declaratoria de nulidad de los actos de insubstancia, orden de reintegro a los cargos ocupados y pagos de salarios y prestaciones dejados de percibir

*La Corte declarará la nulidad de los actos de insubstancia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes<sup>1</sup> y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE NEGARON NULIDAD DE ACTOS DE DESVINCULACIÓN-Procedencia para proteger derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia

Referencia: Expedientes Acumulados:

T-2116104 (Lucas Arturo Pulido Guarnizo);

T-2123871 (Diana Yolima Niño Avendaño);

T-2123824 (Gloria María Arias Arboleda);

T-2139736 (Gregorio Oviedo Oviedo);

T-2155221 (Juan de Dios Pinto Seija);

T-2180526 (Luis María Sierra Castilla);

T-2180541 (Jorge Cañedo de la Hoz);

T-2180822 (Isabel Linero Gómez);

T-2188198 (Myriam Lizarazo Vargas);

T-2188408 (Abel Antonio Piñeres Mejía);

T-2188413 (José Gregorio Gutiérrez Alvarado);

T-2188416 (Octavio Mantilla Sáenz);

T-2189945 (Carlos Arturo Marín Perea);

T-2190768 (Libardo de Jesús Mora Medina);

T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón);

T-2210469 (César Augusto Hernández Aguirre);

T-2217575 (Tito Díaz Algarín);

T-2241166 (Jaime Enrique Niño López);

T-2259171 (Elena Patricia Cárdenas Díaz);

T-2436474 (Oscar Arturo Escobar Torres)

T-2442394 (José Ignacio Pineda Palencia)

T- 2482380 (Santiago Rocha Zarta)

T-2482383 (Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga)

T-2482404 (Pablo Alberto Villaveces Gelves)

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados en los asuntos de tutela de la referencia, seleccionados para tal fin por diferentes Salas de esta Corporación.

### I. ANTECEDENTES

La Sala Plena asumió el estudio de estos expedientes de conformidad con lo previsto en el artículo 54A del Reglamento Interno de la Corte Constitucional<sup>2</sup>, luego de advertir que existe una conexidad temática entre ellos para ser fallados en una misma sentencia ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados.

- El primer grupo de demandantes (20 en total) interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, donde sus pretensiones fueron negadas con el argumento de que los actos de insubsistencia de empleos de carrera en provisionalidad no requieren motivación alguna. Ejercen la tutela contra las sentencias judiciales que desestimaron sus reclamaciones, invocando la protección de sus derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, acceso a la función pública e igualdad<sup>3</sup>.

- El segundo grupo de demandantes (4 en total) acude a la tutela directamente contra las entidades de las que fueron desvinculados sin motivación alguna<sup>4</sup>. Solicitan su reintegro, ya sea en forma definitiva o mientras la jurisdicción contencioso administrativa resuelve la controversia sobre la validez de los actos de retiro.

Sin embargo, como cada caso presenta sus propias especificidades a pesar de la conexidad anotada, la Corte reseña a continuación los supuestos fácticos, elementos probatorios relevantes y decisiones de instancia de cada uno.

#### 1. Expediente T-2116104.

##### 1.1. Hechos.

El señor Lucas Arturo Pulido Guarnizo interpone acción de tutela contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2007 por la Sección Segunda, subsección "B", del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del 17 de marzo de 2006, emitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el accionante contra la Fiscalía General de la Nación, al considerar que esa decisión vulnera su derecho fundamental al debido proceso.

Manifiesta el accionante que el 18 de mayo de 1978 se vinculó mediante nombramiento provisional a la Rama Judicial, desempeñando diferentes cargos durante el tiempo que prestó sus servicios. Sostiene que por resolución número 0-0587 del 31 de mayo de 2001 el Fiscal General de la Nación lo nombró en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cali y que, mediante resolución número 0-0629 del 27 de marzo de 2003, se declaró la insubsistencia del cargo que desempeñaba, sin que dicha resolución fuera acompañada de motivación alguna.

Por tal razón, inició la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía, aduciendo que la administración debió motivar el acto de retiro del servicio y precisando que esta omisión quebranta el debido proceso constitucional. Demanda que correspondió en primera instancia al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que en sentencia del 17 de marzo de 2006 denegó las súplicas de la demanda. Impugnada esa decisión por la parte demandante, conoció de la misma el Consejo de Estado, el cual, en sentencia de la Sección Segunda, Subsección "B", del 8 de noviembre de 2007, confirmó la sentencia del Tribunal.

Expone que los argumentos que fundamentaron el fallo del Consejo de Estado del 8 de noviembre de 2007, que ahora se cuestiona en sede de tutela, se contraen básicamente a señalar que *"los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, (...) se asimilan a los de libre nombramiento y remoción dada la similitud en la forma de provisión, por lo que la administración puede en cualquier tiempo declararlos insubsistentes, a través de un acto administrativo que no requiere motivación"*.

##### 1.2. Trámite procesal

El demandante interpuso inicialmente la acción de tutela ante el Consejo de Estado. Sin embargo, la Sección Cuarta de esa Corporación, mediante providencia del 15 de febrero de 2008, procedió a rechazarla aduciendo que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, omitiendo además su envío para la eventual revisión en la Corte Constitucional. Por lo expuesto, el accionante acudió ante los Juzgados Penales Municipales de Bogotá para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, invocando como fundamento el Auto 100 de 2008 dictado por la Corte Constitucional.

El Juzgado 44 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, mediante auto del 13 de junio de 2008, admitió la acción de tutela y decidió vincular al trámite de la demanda a la Fiscalía General de la Nación.

##### 1.3. Intervención de las entidades demandadas

Consejo de Estado. Notificado el Consejo de Estado, dio respuesta a la acción de tutela oponiéndose a su prosperidad al considerar que la acción de tutela contra decisiones judiciales es excepcional y que por lo tanto es responsabilidad del juez verificar si la sentencia objeto de análisis envuelve alguno de los vicios que se consignan de forma puntual en la sentencia C-590 de 2005.

Respecto al caso concreto aclara que en la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", de esa Corporación, se realizó un análisis ponderado y razonable respecto del ejercicio de la facultad discrecional que aplica para prescindir del servicio de quienes no gozan del estatus de escalafón en carrera administrativa, y que el mismo estuvo acorde a lo establecido por el ordenamiento jurídico (artículo 36 del CCA), por lo que fue correcto que no se despojara el acto administrativo proferido por la Fiscalía General de la Nación de la presunción de legalidad que lo rodea. Finalmente asevera que de la documentación aportada también se observa que el accionante respecto de los mismos hechos ya había interpuesto una acción de tutela ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita se analice la posible temeridad de la acción.

Fiscalía General de la Nación. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación manifiesta que, de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad no adquieren los derechos de carrera respecto del cargo que ocupan, pues en estos eventos, debido a que fueron discrecionales las facultades por las que se les designó, también en ejercicio de ellas es posible su remoción *"respondiendo con ello al principio según el cual las cosas se deshacen como se hacen"*.

Expone que el demandante pretende imponer su particular criterio hermenéutico, desconociendo el análisis concienzudo y apegado al ordenamiento jurídico realizado por el juez ordinario, en el cual se explica clara, concisa y congruentemente los motivos legales por los cuales se rechazaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Asevera que mal podría decirse que con el actuar discrecional se le han vulnerado los derechos fundamentales al accionante, cuando, por el contrario, éste ha ejercitado su derecho de defensa y contradicción.

Finalmente señala que la intención del actor es crear a través del amparo constitucional una instancia judicial más, lo cual es inconcebible teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la acción de tutela.

#### 1.4. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número 0-0587 de mayo 31 de 2001, por la cual el Fiscal General de la Nación nombra en provisionalidad en el cargo de Fiscal delegado ante Tribunal de Distrito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, al señor Lucas Arturo Pulido Guarnizo (folio 96).

- Fotocopia de la resolución número 0-0629 de marzo 27 de 2003, por la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente al señor Lucas Arturo Pulido Guarnizo del cargo de Fiscal delegado ante Tribunal de Distrito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali (folio 89).

- Fotocopia de la sentencia dictada el 17 de marzo de 2006 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Lucas Arturo Pulido Guarnizo contra la Fiscalía General de la Nación, que denegó las súplicas de la demanda (folios 163 al 172).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2007 por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca (folios 66 a 109).

#### 1.5. Sentencias objeto de revisión

Primera Instancia. El Juzgado 44 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, en sentencia del 26 de junio de 2008, negó por improcedente el amparo invocado. Considera el a quo que no le asiste razón al actor cuando afirma que la sentencia proferida por el Consejo de Estado vulneró su derecho fundamental al debido proceso, pues está demostrado que las dos instancias que conocieron del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho *"respetaron, garantizaron y velaron por la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales del demandante"*.

Según el despacho, la acción es también improcedente en este caso porque no cumple con los requisitos o causales especiales de procedibilidad señalados por la jurisprudencia constitucional para que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales, ya que en materia de tutela el precedente judicial tiene una vinculación *prima facie* y no plena o absoluta, en virtud de la cual surge la obligación del juez de seguir el precedente o, en su defecto, de justificar adecuada y suficientemente las razones por las que decide apartarse del mismo. Hipótesis esta última que fue utilizada por el Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación que el accionante interpuso contra la providencia de primera instancia al argumentar que los actos administrativos de desvinculación no debían motivarse, escogiendo su propio precedente judicial y no el de la Corte Constitucional.

Segunda instancia. En sentencia del 13 de agosto de 2008 el Juzgado 5 Penal del Circuito de Bogotá confirmó en todas sus partes la de primera instancia, con base en las mismas consideraciones en ella expuestas. Adicionalmente indicó que no es cierto que el Consejo de Estado haya sustentado su decisión con base en una norma “*inexistente, inconstitucional, evidentemente inaplicable o desconocido el ordenamiento jurídico vigente sobre la materia*”, pues las normas acusadas por el actor como transgredidas por la demandada, al declarar la insubsistencia del cargo por él ejercido, no hacen referencia a la desvinculación de los empleados en provisionalidad que ocupan cargos en carrera sino a los de libre nombramiento y remoción.

2. Expediente T-2123871

#### 2.1. Hechos

La señora Diana Yolima Niño Avendaño, mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela contra la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que esa corporación vulneró su derecho fundamental al debido proceso, con base en los hechos que a continuación se resumen:

La accionante laboró en provisionalidad al servicio de la Fiscalía General de la Nación entre el 14 de julio de 1994 y el 18 de octubre de 2001, fecha en la cual su nombramiento fue declarado insubsistente, mediante resolución Número 0-1533, proferida por el Fiscal General de la Nación

Contra este acto administrativo impetró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue conocida y fallada favorablemente en primera instancia por el Juzgado Séptimo Contencioso Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de octubre de 2007, en la cual se declaró la nulidad de la actuación que declaró la insubsistencia y ordenó reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación o a otro igual o superior sin solución de continuidad. Decisión que al ser apelada por la Fiscalía General de la Nación, fue revocada mediante fallo proferido por la Subsección ahora accionada el 22 de mayo de 2008, que dispuso negar en su totalidad las súplicas de la demanda.

La acción contencioso administrativa a la que se hace referencia se sustentó en dos cargos. El primero, por desviación de poder y el segundo, por violación de normas superiores. Dentro de este último punto, se planteó la presunta falta de motivación del acto que declaró la insubsistencia, que en su concepto era necesaria para ejercer el control de los actos administrativos, puesto que facilita la función revisora ante el contencioso administrativo; por ende, señala que su ausencia constituye un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia.

Según afirma, con la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fueron violados sus derechos fundamentales por dos principales razones: de una parte, por basarse o invocar un fallo del Consejo de Estado (Expediente S-531, sentencia de septiembre 2 de 2002), que, posteriormente, fue dejado sin efectos por una sentencia de revisión de tutela proferida por esta corporación (T-170 de 2006). De otra, por considerar que tratándose de un nombramiento en provisionalidad no era necesario motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia, postura que es contraria a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

En relación con el contenido de la sentencia cuestionada, la demanda ejemplifica y describe ampliamente un conjunto de circunstancias que a juicio de la actora contribuyen a justificar la concesión del amparo, entre las cuales pueden mencionarse: (i) no haber reconocido derechos de carrera pese a haberse inscrito en una convocatoria adelantada por la Fiscalía General de la Nación en 1994; (ii) haber echado de menos una conducta procesal que no podía serle exigida a la accionante, como era apelar la sentencia del Juzgado Séptimo Administrativo de Bogotá, que

le había sido íntegramente favorable; (iii) aducir, sin soporte probatorio suficiente, que la Fiscalía General de la Nación no ha provisto ningún cargo mediante concurso público de méritos, lo que además se consideró un hecho público y notorio, situación que ya había sido resuelta mediante la sentencia del 23 de septiembre de 1999 proferida por la Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia de Javier Díaz Bueno (Expediente número 602 de 1999) y la sentencia T-170 de 2006; (iv) el desconocimiento de los precedentes aplicables sobre la materia, entendiendo por tales la línea jurisprudencial de esta Corporación (cita las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-410 de 2007, T-437 de 2008) en relación con la necesidad de motivación de la declaratoria de insubsistencia de las personas que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, resalta que en su caso se llenan los requisitos de procedibilidad de la acción contra sentencia judiciales, además porque se cumplen a cabalidad los criterios de subsidiariedad e inmediatez.

La demandante Niño Avendaño solicita al juez de tutela que deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de mayo de 2008, y en su lugar, deje en firme la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Séptimo Administrativo de Bogotá el 3 de octubre de 2007. También pide que se prevenga al Tribunal accionado *“para que en lo sucesivo se abstenga de seguir vulnerando los derechos fundamentales de los demandantes que se encuentran en las mismas condiciones de la actora”*.

## 2.2. Trámite procesal

Mediante auto del 4 de septiembre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta admitió la solicitud de tutela y ordenó su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C. Según se hizo constar en la sentencia que decidió esta acción en única instancia, los Magistrados contra quienes fue dirigida no contestaron en tiempo la demanda de tutela.

No se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, entidad que si bien no fue demandada puede tener interés en el resultado de la presente acción.

## 2.3. Intervención de la entidad demandada

Con posterioridad a la decisión, la Magistrada ponente de la sentencia cuestionada dirigió un memorial al juez de instancia y se pronunció sobre la protección constitucional. En su concepto, la sentencia objeto de debate estuvo plenamente ajustada al derecho aplicable y fue resultado del material probatorio recaudado.

## 2.4. Pruebas

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó la actora contra la resolución que declaró su insubsistencia (folios 17 al 35 del cuaderno principal).

- Fotocopia de la Resolución número 0-1533 del 18 de octubre de 2001 que declaró la insubsistencia de la accionante del cargo de fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá (folio 37 ib.).

- Fotocopia del fallo dictado por el Juzgado Séptimo Administrativo de Bogotá-Sección Segunda, el 3 de octubre de 2007, en el cual se accedió a las pretensiones de la actora en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso contra el acto que dictó la Fiscalía General de la Nación que declaró su insubsistencia (folios 38 al 53 ib.).

- Fotocopia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C, en la cual se revocó la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo de Bogotá-Sección Segunda (folios 58 al 95 ib.).

- Fotocopia de escrito mediante el cual la Fiscalía General de la Nación presenta cierta información (folios 95 al 97 ib.).

- Fotocopia del acta número 017 del 9 de mayo de 200 realizada por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera en la que se trató la situación jurídica de los servidores que participaron en el proceso de selección del año 1994 para proveer cargos en las unidades locales de fiscalía, entre otros asuntos (folios 99 al 103 ib.).

## 2.5. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. El 19 de septiembre de 2008, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió rechazar por improcedente la tutela interpuesta por la señora Niño Avendaño. Hizo referencia a la general improcedencia de esta acción contra decisiones judiciales, para lo cual se apoyó en una extensa transcripción de apartes de la sentencia C-543 de 1992 de esta corporación, particularmente de lo relativo a la situación que se presenta cuando la persona interesada ha hecho uso de los mecanismos de defensa judicial disponibles y éstos se han agotado. Indicó que su aceptación implicaría desconocer los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e, independencia y autonomía de los jueces.

## 3. Expediente T-2123824

### 3.1. Hechos

La señora Gloria María Arias Arboleda interpone acción de tutela contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 por la Sección Segunda, subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar que esa decisión vulneró sus derechos fundamentales al acceso a cargos y funciones públicas, al debido proceso, a la defensa y a la igualdad.

Señala la accionante que ingresó a la Fiscalía General de la Nación el 23 de abril de 1994. Manifiesta que mediante resolución número 0-1178 del 19 de julio de 1999 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de carrera denominado Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados y que éste fue el último cargo que desempeñó en esa entidad hasta cuando, mediante resolución número 0-0689 del 11 de abril de 2000, fue declarada insubstancial, acto que fue expedido con una marcada desviación de poder y sin expresar las razones o motivaciones de la desvinculación.

Indica que interpuso, a través de apoderado judicial, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, solicitando la nulidad de la resolución número 0-0689 del 11 de abril de 2000, proferida por el Fiscal General de la Nación, demanda que correspondió en primera instancia al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que por sentencia del 10 de diciembre de 2004 accedió a las pretensiones de la accionante. Impugnada esa decisión por la parte demandada, conoció de la misma el Consejo de Estado, el cual, en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", del 6 de marzo de 2008, revocó el fallo proferido por el a quo y, en su lugar, dispuso negar las súplicas de la demanda, sin valorar las pruebas en su conjunto y con el desconocimiento total del precedente constitucional sobre la motivación de los actos de desvinculación de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y de la misma jurisprudencia del Consejo de Estado aplicada en casos similares, incurriendo por tales razones en una vía de hecho por defecto fáctico y por desconocimiento del precedente constitucional sobre la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera y la necesidad de motivar los actos de desvinculación de tales servidores públicos.

### 3.2. Trámite procesal

Mediante auto del 8 de julio de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a la Corporación accionada. No se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, entidad que si bien no fue demandada puede tener interés en el resultado de la presente acción.

### 3.3. Intervención de la entidad demandada

Mediante escrito del 15 de julio de 2008, el Consejo de Estado dio respuesta a la demanda de tutela, señalando que la decisión tuvo como fundamento las pruebas allegadas al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y que las mismas no permitían desvirtuar la legalidad del acto administrativo allí cuestionado. Agrega que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de marzo de 2003, expediente 1834-01, unificó criterio según el cual el *“acto de retiro del empleado provisional que desempeña un cargo de carrera no requiere motivación”*.

### 3.4. Pruebas

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Gloria María Arias Arboleda contra la Nación - Fiscalía General de la Nación- (folios 88 al 101).

- Fotocopia de la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2004 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora Gloria María Arias Arboleda contra la Nación - Fiscalía General de la Nación-, en la que se declaró la nulidad del acto administrativo que desvinculó a la actora y ordenó su reintegro al cargo (folios 42 al 56).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 por la Sección Segunda, Subsección “A”, de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, que revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y negó las pretensiones de la accionante (folios 57 a 109).

### 3.5. Sentencias objeto de revisión

Primera Instancia. En sentencia del 24 de julio de 2008, la Sección Cuarta del Consejo de Estado decidió rechazar por improcedente la acción de tutela por considerar que: (i) la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues no es admisible que por un procedimiento sumario, como el de esta acción, se invaliden actuaciones surtidas en un proceso diseñado precisamente para garantizar los derechos fundamentales de las partes; (ii) aceptar que el juez de tutela pueda invalidar providencias de otros jueces en asuntos cuyo conocimiento éstos tiene asignada precisa competencia, se traduce en un claro quebranto del principio de autonomía e independencia del juzgador; (iii) la acción de tutela no procede contra providencias judiciales ni cuando se argumente que la decisión judicial configura una vía de hecho, pues esas calificaciones se traducen en interpretaciones y criterios subjetivos que dependerán, en cada caso, del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro; y (iv) la procedencia de la acción de tutela respecto de decisiones judiciales requiere de una norma o precepto constitucional expreso, previo y concreto, los cuales no existen en el ordenamiento jurídico colombiano.

Segunda instancia. La Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2008, confirmó la decisión de primera instancia, bajo los mismos argumentos expuestos en el fallo impugnado.

## 4. Expediente T-2139736

### 4.1. Hechos

El accionante Gregorio Oviedo Oviedo interpone acción de tutela contra la Sección Segunda, Subsección “A”, de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerar que esa entidad, al dictar la sentencia del 3 de agosto de 2006, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

Explica el actor que fue declarado insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías

de Bogotá, por resolución número 0-1221 del 10 de agosto de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación sin que se manifestara por parte del nominador motivación alguna.

Indica que interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución No. 0-1221 del 10 de agosto de 2001, y que la misma fue fallada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección "B" el cual, en sentencia del 12 de agosto de 2004 que denegó las súplicas de la demanda utilizando para ello el argumento según el cual "*el servidor público que haya sido nombrado en provisionalidad, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador y, por ende, la Administración al ejercer esta facultad no infringe las normas en que debía fundarse. Así mismo, al no gozar de la estabilidad predicada de los funcionarios de carrera, no se le aplican los procedimientos establecidos para el retiro de esta clase de funcionarios, esto es, no es necesario que medi[e] resolución motivada*".

El señor Gregorio Oviedo presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, recurso del cual conoció la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", del Consejo de Estado, que en sentencia del 3 de agosto de 2006 confirmó la decisión impugnada con similares argumentos a los del a quo.

Asevera el accionante que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se atuvo a lo dispuesto por el Consejo de Estado en auto de obedézcase y cúmplase, notificado en el estado del 20 de abril de 2007, siendo la fecha de ejecutoria del mencionado auto el 23 de los mismos mes y año, momento en el cual quedó también ejecutoriada la sentencia proferida por la Sección Segunda, subsección "A", del Consejo de Estado.

Advierte el actor que, por razones de seguridad personal, se encuentra "*exiliado fuera del país*", y que solo varios meses después vino a conocer, por personas distintas a su apoderado judicial, de las resultas del proceso contencioso que inició contra la Fiscalía General de la Nación. Agrega que, ante la imposibilidad de contactar al abogado que había contratado para la interposición y trámite de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se vio obligado a solicitar los servicios de otro abogado para el acopio de documentos y el estudio de procedibilidad de la presente acción de tutela, quien obtuvo las copias auténticas de todo el expediente, necesarias para interponer el recurso el día 11 de marzo de 2008.

Explicado el motivo de la interposición de la acción de tutela, el accionante señala que la decisión del Consejo de Estado controvertida por vía de tutela se erige como una vía de hecho por defecto sustantivo, pues desconoce por completo la posición asumida por la Corte Constitucional en relación con la necesidad de motivar los actos de desvinculación de trabajadores nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera.

Por lo anterior, en protección de sus derechos fundamentales, el señor Gregorio Oviedo Oviedo pide que se deje sin efectos la sentencia del 3 de agosto de 2006 dictada por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, y que se le ordene a dicha Corporación que profiera una nueva decisión, para la cual deberá tener en cuenta la doctrina constitucional sobre el tema.

#### 4.2. Trámite procesal

La demanda de tutela fue radicada en la Secretaría General del Consejo de Estado el 25 de marzo de 2008. Mediante auto del 28 de marzo del mismo año se rechazó por improcedente la tutela interpuesta. Por memorial radicado el 4 de abril de 2008 se impugnó el auto de rechazo, remitiendo el expediente al Consejero que seguía en turno.

En sesión del 26 de junio de 2008 la Sala modificó el criterio de rechazar *in limine* las acciones de tutela contra providencias judiciales, para, en su lugar, tramitarlas y resolverlas. Por auto del 17 de julio del mismo año se declaró la nulidad de todo lo actuado y se admitió la acción, ordenando notificar a las partes y a la Fiscalía General de la Nación como tercera interesada. No obstante, la Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado guardó silencio.

#### 4.3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

La Fiscalía General de la Nación dio respuesta a la acción de amparo oponiéndose a su prosperidad. Manifiesta que, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, la acción de tutela en este caso es improcedente, pues no se cumple con el requisito de la inmediatez, por cuanto los hechos puestos a consideración ocurrieron en el año 2006 y hasta ahora parece darse cuenta el demandante que supuestamente se vulneraron derechos fundamentales con tal proceder.

Sostiene la improcedencia general de la acción de tutela contra providencias judiciales, aclarando que las diferencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que éste tiene y que la misma Constitución Política consagra. Adiciona que el demandante pretende imponer su criterio hermenéutico sobre los hechos comentados en tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara de forma *“concienzuda y apegada al ordenamiento jurídico”* el juez ordinario.

Por todo lo anterior y en especial por lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia T-222 de 2006, que corrobora lo afirmado sobre el principio de inmediatez, considera que hay argumentos suficientes para que la tutela en cuestión sea negada.

#### 4.4. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número 0-1221 del 10 de agosto de 2001 proferida por el Fiscal General de la Nación, por la cual es declarado insubsistente el señor Oviedo Oviedo del cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá (folio 77).

- Fotocopia de la sentencia de primera instancia del 12 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Gregorio Oviedo Oviedo (folios 20 a 33).

- Fotocopia de la sentencia de segunda instancia del 3 de agosto de 2006 proferida por la Sección Segunda, subsección “A”, del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Gregorio Oviedo Oviedo (folios 33 a 51).

-Fotocopia del edicto de fecha 7 de diciembre de 2006 del Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante el cual se notifica al señor Gregorio Oviedo Oviedo y a la Fiscalía General de la Nación la sentencia de fecha 3 de agosto de 2006, proferida por esa Corporación (folio 74).

- Fotocopia del auto dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, mediante el cual se ordena obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo de Estado en providencia de fecha agosto 3 de 2006 (folio 53).

- Fotocopia de la declaración extraproceso rendida por el señor Oviedo Oviedo en el Consulado General de Colombia en Québec (Canadá), el 2 de octubre de 2007 (folios 97 a 99).

- Fotocopia del memorial de fecha 18 de octubre de 2007, mediante el cual el apoderado judicial del señor Gregorio Oviedo Oviedo solicita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el desarchivo del expediente con número de radicación 2002-01201 y expedir copias auténticas de todo el plenario (folio 75).

-Fotocopia del registro de consulta de procesos judiciales correspondiente al proceso de nulidad interpuesto por el señor Gregorio Oviedo Oviedo contra la Fiscalía General de la Nación, con el número de radicación 25000232500, en el cual consta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó expedir copias mediante auto de fecha 14 de febrero de 2008.

#### 4.5. Sentencias objeto de revisión

Primera Instancia. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante fallo del 14 de agosto de 2008, resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela, al considerar que ésta no procede contra providencias judiciales, pues no es admisible ni lógico que un procedimiento sumario como la acción de tutela invalide las actuaciones surtidas en el proceso, que ha sido diseñado precisamente para garantizar los derechos constitucionales y legales de las partes. Además añade que de aceptarse tal intromisión de la acción de tutela en decisiones de otras jurisdicciones, ello supondría el desconocimiento de la autonomía e independencia del juzgador natural, poniendo en peligro la seguridad jurídica y desconociendo el postulado de la cosa juzgada.

Señala que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales ni cuando se alega la existencia de una vía de hecho, pues “*semejantes calificaciones se traducen en interpretaciones y criterios eminentemente subjetivos, que dependerán, en cada caso, del alcance que a bien tenga darle el juzgador a la decisión de otro*”. Finaliza indicando que la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales requiere de la existencia de una norma o precepto constitucional expreso y concreto, circunstancia que no se da en el ordenamiento jurídico colombiano.

Segunda instancia. En sentencia del 23 de octubre de 2008, la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia con fundamento en las mismas consideraciones expuestas en dicho fallo.

5. Expediente T-2155221

#### 5.1. Hechos

El señor Juan de Dios Pinto Seija interpone acción de tutela contra las decisiones judiciales proferidas por el Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección B, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al estimar que éstas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, a la vida, al acceso a la justicia y al cumplimiento de las sentencias constitucionales.

Manifiesta que presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 10 de marzo de 2004, la cual correspondió al Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá. En ésta, atacó la resolución número 0-2270 del 4 de noviembre de 2003, proferida por el Fiscal General de la Nación mediante la cual se declaró su insubsistencia en el cargo que desempeñaba en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, el cual ejercía desde el 21 de abril de 1995, sin que la misma hubiera sido motivada.

Narra que el juzgado denegó sus pretensiones mediante sentencia del 1º de junio de 2007, con el argumento de que el Fiscal General de la Nación tenía la facultad discrecional de retirar a quienes ejercían un cargo de carrera en provisionalidad, que se presume en aras del buen servicio. Decisión confirmada por el juez de segunda instancia, el Tribunal accionado, el 10 de abril de 2008.

Alega que estas providencias incurren en defectos sustantivos, fácticos y procedimentales. Sustantivo, por cuanto no aplicaron numerosas sentencias dictadas por la Corte Constitucional en relación a que la insubsistencia de los servidores nombrados en provisionalidad debe ser motivada. Fáctico, por resultar contrarias a la realidad jurídica frente a las pruebas arrimadas al proceso, al basarse en la errónea interpretación de que el cargo en provisionalidad era similar al de libre nombramiento y remoción, y por ende el nominador tenía la facultad discrecional de retirarlo del servicio. Además, señala que pese a que los fallos indicaron que la resolución censurada no tenía fines distintos a mejorar el buen servicio, ni si quiera fue consultada su hoja de vida, que era obligatorio según el Decreto 2400 de 1968. Afirma que en ella no constan ni investigaciones disciplinarias, ni llamados de atención, lo cual no fue valorado por las autoridades judiciales accionadas. Agrega que con su retiro ha perdido todos los beneficios de la seguridad social, lo cual afecta ostensiblemente su derecho a la vida.

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales, a fin de que se deje sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se acceda a las suplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

#### 5.2. Trámite procesal

El Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fueron notificados de la acción de tutela en su contra por parte del juez de primera instancia mediante auto del 14 de agosto de 2008, quien dispuso correr traslado de la acción, con el objeto de que informaran sobre los hechos de la acción. No obstante, guardaron silencio.

No se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, entidad que si bien no fue demandada puede tener interés en el resultado de la presente acción.

#### 5.3. Pruebas

- Fotocopia de resolución 0-0908 del 21 de abril de 1995 proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se nombró en provisionalidad al actor en el cargo de Fiscal Seccional de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, entre otros (folios 9 al 11 del cuaderno principal).

- Fotocopia del escrito de contestación de la demanda que presentó el actor contra la Fiscalía General de la Nación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 12 al 23 ib) y otras actuaciones procesales del mismo asunto (cuatro cuadernos anexos a la demanda de tutela).

- Fotocopia de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Administrativo de Bogotá el 1º de junio de 2007 la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Juan de Dios Pinto Seija contra la Fiscalía General de la Nación (folios 25 al 49 ib).

- Fotocopia del fallo de la Subsección B Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 10 de abril de 2008, mediante el cual se confirma la decisión del Juzgado 26 Administrativo de Bogotá (folios 50 al 81 ib).

#### 5.4. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. La Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 3 de septiembre de 2008, rechazó por improcedente el recurso constitucional presentado, indicando que en aras de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, no era posible invocarlo contra sentencias judiciales.

Segunda instancia. La Sección Quinta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia del 30 de octubre de 2008, confirmó el fallo del *a quo*, con similares argumentos. Adicionalmente, indicó que estaba completamente vedado cuestionar la labor interpretativa de los jueces de conocimiento cuando sus decisiones se encontraban debidamente sustentadas.

### 6. Expediente T-2180526

#### 6.1. Hechos

El señor Luis María Sierra Castilla afirma que se vinculó en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación desde el 30 de junio de 1995 y que el último cargo que desempeñó en esa entidad fue el de Técnico Judicial I en la Dirección Seccional del CTI de Cartagena. Indica que el 21 de diciembre de 2001, luego de prestar sus servicios en forma ininterrumpida, mediante resolución número 0-2001 proferida por el Fiscal General de la Nación fue declarado insubsistente del cargo que desempeñaba, sin ningún pronunciamiento sobre las motivaciones de esta resolución.

El actor demandó la nulidad del acto de insubstancia y su reintegro sin solución de continuidad. Demanda que correspondió por reparto al Juzgado 9 Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, el cual, mediante sentencia de marzo 27 de 2007, definió la controversia, declarando la nulidad del acto de insubstancia y ordenando el reintegro del actor sin solución de continuidad por encontrar configurado el vicio de falta de motivación del acto administrativo y una desviación de poder de la administración que desborda la facultad discrecional. Dice que, impugnada esa decisión por la Fiscalía General de la Nación, el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la sentencia de fecha octubre 2 de 2008 revocó la decisión de primera instancia y denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que no requiere motivación el acto administrativo que declara la insubstancia de un nombramiento en un cargo en provisionalidad. La sentencia contó con la aclaración del voto del Magistrado Javier Ortiz del Valle que sostiene que el fallo sólo puede indicar la denegatoria a lo solicitado en la demanda, porque en este caso no se dieron las circunstancias de argumentación y probatorias de otros procesos fallados por el Tribunal en los que se ha dado curso a las pretensiones de la demanda.

El señor Luís María Sierra Castilla presenta acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al trabajo, al proferir sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado contra la Fiscalía General de la Nación. Como consecuencia, solicita se deje sin efectos la sentencia proferida por ese Tribunal y se le dé pleno valor a la sentencia del Juzgado 9 Administrativo del Circuito de Cartagena.

#### 6.2. Trámite procesal

Mediante auto del 16 de octubre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y a la Fiscalía General de la Nación como tercero interesado en las resultas del proceso.

#### 6.3. Intervención de la Corporación demandada

La Presidenta del Tribunal Administrativo de Bolívar señala que la acción es improcedente porque en ningún momento se vulnera el derecho al debido proceso del accionante, pues la decisión se ajustó a los lineamientos jurisprudenciales que sobre el tema ha sentado el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa.

Expone que si bien la posición de la Corte Constitucional sobre el particular es diferente, es decir, considera que los actos de desvinculación de un trabajador nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera deben ser motivados, ello no es óbice para que el Tribunal al momento de tomar una decisión sobre el mismo tema aplique tal criterio jurisprudencial, como quiera que su superior jerárquico, al analizar la misma situación, asume una posición diferente.

Por último, afirma que, aunque esa corporación en los procesos donde se demanda la insubstancia de personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera ha mantenido su criterio de no declarar la nulidad de dichos actos administrativos con fundamento en la ley y la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, existen algunos contados casos en los cuales se declaró la nulidad de actos de insubstancia de empleados de la Fiscalía, pero el fundamento legal fue la desviación de poder por persecución política.

#### 6.4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

La Fiscalía General de la Nación manifiesta que en el presente caso el actor pretende imponer su criterio hermenéutico desconociendo la labor apegada al ordenamiento jurídico efectuada por el juez ordinario, queriendo de esta forma crear una instancia judicial adicional en el trámite del proceso ordinario.

Agrega que con el actuar jurisdiccional no se ha vulnerado al demandante ningún derecho fundamental, pues, por el contrario, éste ha ejercitado sus derechos de contradicción, defensa y el asunto ha sido conocido y resuelto por la instancia judicial competente.

#### 6.5. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número 0-1346 de mayo 29 de 1995, por medio de la cual se nombra en provisionalidad al señor Luis María Sierra Castilla en el cargo de Técnico Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Sincelejo (folio 48).
- Fotocopia de la resolución número 0-2001 de diciembre 21 de 2001, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del accionante (folio 45).
- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el accionante en abril 26 de 2002 (folios 25 a 44).
- Fotocopia de la sentencia de fecha marzo 27 de 2007, proferida por el Juzgado 9 Administrativo de Cartagena (folios 56 a 76).
- Fotocopia de la sentencia de fecha octubre 2 de 2008, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar (folios 77 a 94).

#### 6.6. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. En sentencia del 13 de noviembre de 2008, la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado rechazó la tutela presentada por el señor Luis María Sierra Castilla, al considerar que el ejercicio de la acción de tutela no es procedente para impugnar providencias judiciales cuando éstas se encuentran debidamente sustentadas, bien sean de trámite o de fondo, porque no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en un proceso judicial, adoptando decisiones paralelas a las que cumple quien lo conduce, ni modificar las sentencias por él dictadas. Además, porque se quebrantaría el principio de la cosa juzgada y la desconcentración que caracteriza la administración de justicia.

Mediante memorial suscrito por la apoderada judicial del accionante, se expresó claramente que no harían uso del derecho a impugnar en consideración a la postura asumida por el Consejo de Estado según la cual la acción de tutela no procede contra providencias judiciales contrariando la tesis de la Corte Constitucional.

#### 7. Expediente T-2180541

##### 7.1. Hechos.

El señor Jorge Cañedo de la Hoz inició el trámite de la presente acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, al buen nombre, a la familia, al derecho de los niños, al trabajo, a la estabilidad laboral, al debido proceso y al mínimo vital.

Afirmó que fue nombrado en provisionalidad como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín el 18 de junio de 2004 mediante resolución número 0-2673. El 2 de mayo de 2008 fue trasladado en el mismo cargo a la Unidad Nacional de Justicia y Paz en Medellín. No obstante, el 8 de septiembre de 2008, mediante resolución número 0-5437 proferida por el Fiscal General de la Nación, se le declaró su insubsistencia. A su juicio, este acto es impreciso y carente de fundamentación; por ende, violatorio del debido proceso.

De igual manera, advierte que tiene más de sesenta años de edad y se ha desempeñado durante más de 20 años como servidor público; por consiguiente, se encuentra cobijado bajo la protección de la ley 790 de 2002 a favor de las personas que se encuentren próximas a cumplir los

requisitos exigidos en la ley para acceder a una pensión de jubilación. Asevera que la actuación de la Fiscalía le arrebata la posibilidad de que le sea reconocida la pensión de vejez. Además, pone de presente que padece hipertensión arterial crónica, presbicia y otras enfermedades propias de la edad y del trabajo desempeñado. Afecciones que le obstaculizan conseguir otra opción laboral que le permita tener ingresos para cubrir los gastos propios de vivienda, alimentación, salud y manutención a los miembros de su grupo familiar, especialmente los de su hijo de 13 años. De igual manera, alega que al no tener trabajo, no puede continuar cancelando las obligaciones civiles que mantiene con el banco Davivienda, por concepto de un crédito de vivienda.

Por consiguiente, solicita que (i) se deje sin efectos la resolución 0-5437 del 5 de septiembre de 2008, en la que el Fiscal General de la Nación declaró su insubsistencia en el cargo que desempeñaba; (ii) el reintegro al cargo que ejercía con las mismas condiciones laborales; (ii) que se dé aplicación al artículo 18 del Decreto 2591 de 1991.

#### 7.2. Intervención de la entidad demandada

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta al requerimiento del juez de primera instancia, de la siguiente manera:

En primer lugar, explica que el recurso de amparo tiene un carácter subsidiario, por ende la acción interpuesta resulta improcedente por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea para resolver de fondo la controversia.

En segundo lugar, alega que no se configura un perjuicio irremediable, dado que el actor ha percibido las prestaciones sociales consagradas en la ley, tal como las cesantías, cuya finalidad es garantizar a las personas que se encuentran sin trabajo que tengan los recursos para subsistir mientras encuentran otra opción laboral. Además, que el accionante, con su experiencia laboral y sus capacidades físicas e intelectuales, puede acudir a actividades independientes o subordinadas con las cuales podría satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

En tercer lugar, indica que según los artículos 251 de la Constitución, 11 de la ley 938 de 2004 y el 163 de la Resolución 0-1501 de 19 de abril de 2005, el Fiscal General de la Nación, puede remover del servicio a quienes se encuentren bajo su dependencia; por ende, tenía la facultad discrecional de declarar insubstancial al demandante en el cargo que desempeñaba, dado que su vinculación fue en provisionalidad.

En cuarto lugar, manifiesta que el acto atacado llevaba implícitos los motivos que lo sustentan, tales como: el interés general y el mejoramiento de la administración de justicia; cuya presunción debe ser desvirtuada ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Finalmente, indica que los funcionarios que se desempeñan en la Fiscalía, que forma parte de la rama judicial, no les es aplicable la ley 790 de 2002, cuyos destinatarios son los servidores públicos de la rama ejecutiva que se encuentren en particulares condiciones.

#### 7.3. Pruebas

- Fotocopia de la Resolución 0-5437 del 05 de septiembre de 2008, dictada por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró la insubstancialidad al actor del cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz de Medellín. (Folio 8 del cuaderno principal).

- Fotocopia de la Resolución 0-2673 del 18 junio de 2004, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se nombró en provisionalidad al accionante en el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín (folio 10 ib).

- Fotocopia de acta mediante la cual se toma la posesión en provisionalidad al señor Jorge Cañedo de la Hoz en el cargo de Fiscal Delegado ante

el Tribunal del Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín (folio 11 ib).

-Fotocopia de la resolución número 2-1060 del 2 de mayo de 2008, realizada por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se traslada al demandante a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz con sede en Medellín (folios 13 y 14 ib).

- Fotocopia de certificación de la Notaría Doce del Círculo de Medellín donde certifica que el actor es padre de Antonio Miguel Cañedo Martínez (folio 15 ib).

-Fotocopia de la tarjeta de identidad del menor Antonio Miguel Cañedo Martínez (folio 16 ib).

- Fotocopia de certificación de la Coordinadora de Registro Universitario de la Universidad Pontificia Bolivariana, del 12 de septiembre de 2008 (folio 18 ib).

- Fotocopia de certificación del galeno Fernando Londoño Martínez el día 12 de septiembre de 2008 (folio 19 ib).

- Fotocopia certificación de la coordinadora de cartera del banco Davivienda, del 11 de septiembre de 2008, en la cual se señala que el demandante tiene un crédito de leasing habitacional con un saldo de \$58.421.350.08 (folio 20 ib).

- Fotocopia de certificación del Coordinador del Área de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Ciénaga, del 12 de julio de 2006, donde se indica que el actor laboró en dicha entidad del 1º de enero de 1980 al 8 de septiembre de 1980 en diferentes cargos (folio 22 ib).

- Fotocopia de certificación de la Coordinadora de la Administración Documental y de la Jefe de Unidad de Recursos Humanos de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Antioquia y Chocó del 6 de junio de 2006, en la cual se señala que el demandante laboró como Juez Civil Municipal de Segovia del 6 de octubre al 31 de diciembre de 1981 (folios 23 y 24 ib).

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandante (folio 28 ib).

- Fotocopia de constancia de la Secretaría General de Organismo de Control de la Contraloría de Antioquia, que indica que el actor laboró en dicha entidad desde el 18 de agosto de 1993 hasta el 10 de enero de 1994 (folio 25 ib).

- Fotocopia de las resoluciones 0-1349 y 0-0470 del 7 de diciembre de 1993 proferida por la Fiscalía General de la Nación, mediante las cuales se nombra en provisionalidad al actor en el cargo de Fiscal Seccional de Medellín (folio 34 y 36).

- Fotocopia del acta número 022, mediante la cual el actor se posesionó en provisionalidad en el cargo de Fiscal Seccional de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín el 17 de enero de 1994 (folio 35 ib).

- Fotocopia del acta número 000056 del 15 de octubre de 2002, mediante la cual el accionante se posesionó en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta (folio 38 ib).

- Fotocopia de certificación realizada por la Oficina de Personal de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación el 13 de marzo de 2008, donde se indica que el demandante se desempeñó como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería desde el 1º de junio de 2003 hasta el 19 de mayo de 2004 (folio 39 ib).

#### 7.4. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. La Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 26 de septiembre de 2008, negó la procedencia de la acción de tutela, indicando que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial y no se vislumbraba la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera improrrogable el amparo. Sobre este último aspecto, adujo que el actor se había limitado a enunciar unos hechos y la valoración de los mismos no permitía observar un daño inminente.

Segunda instancia. La Sección Quinta del Consejo de Estado, el 11 de diciembre de 2008, modificó la sentencia del *a quo*, puesto que rechazó por improcedente la acción de tutela, aduciendo similares argumentos del juez de primera instancia. Adicionalmente, señaló que el retén social sólo se aplica para la renovación y modernización de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional y la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial.

#### 8. Expediente T-2180822

##### 8.1. Hechos

La señora Isabel Linero Gómez, mediante apoderado judicial, interpone acción de tutela contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, al estimar lesionados sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, a la protección a la madre cabeza de familia, al mínimo vital en conexidad con la seguridad social y a los derechos de los niños.

Afirma que se vinculó en la entidad demandada a partir del 15 de marzo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2008 como Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera, cuyo cargo es de carrera administrativa según el acuerdo distrital número 001 de 2006 y las resoluciones número 072, 073, 074 y 082 de 2006. Precisa que fue nombrada en el mismo en provisionalidad el 11 de septiembre de 2006. Considera que el acto que declaró su insubstancialidad fue dictado sin ninguna motivación, pues se le dio el tratamiento de empleada pública de libre nombramiento y remoción; por tanto, al no indicársele las razones legales y concretas para el retiro se transgredió su derecho fundamental al debido proceso en la medida en que se denegó su derecho a la defensa. Igualmente, aduce que se desconoció su condición de madre cabeza de familia, dado que es la única responsable de la manutención de sus dos hijas de cuatro y un año de edad. Circunstancia que era conocida por la entidad demandada.

Advierte que durante el tiempo en el que desempeñó el cargo, jamás le fue adelantado algún proceso disciplinario. Estima que inverosímidamente se nombró en provisionalidad en el mismo cargo a otra persona, con lo que se vulneró su derecho a la estabilidad laboral *pro tempore*, aunado a que no se convocó al respectivo concurso para cubrir este empleo público.

Asevera que carece de la capacidad para cancelar las cotizaciones al sistema de salud, razón por la cual la EPS Saludcoop, a la que se encontraba afiliada, procedió a retirarla y con ello se suspendió el tratamiento médico que venía recibiendo su hija menor, que padece de hipertrrofia de adenoides y tenía programada una cirugía denominada adenoidectomía y tubinoplastia bilateral. Indica que al encontrarse desempleada, le es imposible responder por la subsistencia de su núcleo familiar y los servicios médicos que requiere su hija, los cuales son de elevado costo. Precisa que convive con su esposo y su hija en un humilde inmueble de estrato 2.

Por tanto, presenta la acción de tutela como mecanismo transitorio con el fin de que se restablezcan sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, a la protección a la madre cabeza de familia, al mínimo vital en conexidad con la salud, y a los derechos de los niños, ordenándose su reintegro en el cargo que desempeñaba como Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera sin solución de continuidad, el pago de los salarios, prestaciones sociales y de los aportes en salud y pensiones dejados de realizar desde el momento en que fue retirada irregularmente.

##### 8.2. Intervención de la entidad demandada

La Contraloría Distrital de Santa Marta, mediante apoderado judicial, solicita denegar la acción de tutela presentada en su contra.

Trae a colación el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, para indicar que el gobierno tiene la facultad discrecional de declarar la insubsistencia de los nombramientos provisionales sin motivar la respectiva providencia. Aduce que la actora no gozaba del derecho a la estabilidad laboral, por cuanto si bien el cargo que desempeñaba era de carrera, ella no fue seleccionada por un concurso de méritos y fue nombrada en provisionalidad.

Por otra parte, esboza que un funcionario puede ser libremente retirado, aunque él no tenga alguna sanción disciplinaria, teniendo en cuenta que las necesidades del servicio pueden tener diferentes causas.

Finalmente, agrega que no se encontraban acreditados los elementos para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. Por ejemplo, no se aportó prueba que demostrara la calidad de la actora de madre cabeza de familia, puesto que no era claro que su esposo se encontrare incapacitado física, mental o moralmente.

### 8.3. Pruebas

- Fotocopia de la resolución 079 realizada por el Contralor Distrital de Santa Marta el 11 de septiembre de 2006, mediante la cual se nombró en provisionalidad a la señora Isabel Linero Gómez en el cargo de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la Contraloría Distrital de Santa Marta (folio 22 del cuaderno principal).

- Fotocopia de la Resolución número 058 proferida por la Contralora Distrital de Santa Marta del 22 de abril de 2008, mediante la cual se nombra en provisionalidad a la señora Rosmery Herrera Mesa en el cargo de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la Contraloría Distrital de Santa Marta (folios 26 y 27 ib).

Fotocopia de la resolución 033 proferida el 31 de marzo de 2008 por la Contralora Distrital de Santa Marta, mediante la cual se declaró la insubsistencia del cargo de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera en la Contraloría de Santa Marta que desempeñaba la actora (folio 21 ib).

- Fotocopia de certificación de la Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la Contraloría Distrital de Santa Marta del 9 de mayo de 2008, acerca de los diferentes cargos que ocupó la actora en la Contraloría Distrital de Santa Marta (folios 23 y 24 ib).

- Fotocopia de dos registros civiles de nacimiento de dos hijas menores de la accionante (folios 28 y 29 ib).

- Fotocopia de carnés de afiliación a Saludcoop EPS de la demandante y su núcleo familiar (folio 30 ib).

- Fotocopia de la historia clínica de una hija de la actora (folios 31 al 56 ib).

- Fotocopias de facturas de servicios públicos domiciliarios (folios 63 al 67 ib).

- Fotocopia del acuerdo 001 del 12 de mayo de 2006 proferido por el Concejo Distrital de Santa Marta (folios 69 al 75 ib).

- Fotocopias de las resoluciones 074 del 1 de septiembre de 2006 y 082 del 11 septiembre de 2008 dictadas por la Contraloría Distrital de Santa Marta, en las cuales se adoptó una nueva planta de personal y se dictan normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría Distrital de Santa Marta (folios 76 al 96 ib).

- Certificación de la Juez Séptima Administrativa de Santa Marta del 15 de agosto de 2008, donde se indica que la actora presentó el 29 de julio de 2008 acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Contraloría Distrital de Santa Marta (folio 184 ib).

#### 8.4. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la ciudad de Santa Marta, el 31 de julio de 2008, decidió negar el recurso constitucional, al indicar que no se evidenciaba la vulneración al mínimo vital de la actora con ocasión de la desvinculación de la entidad accionada. Adicionalmente, adujo que no había lugar a realizar alguna motivación para el retiro del cargo que desempeñaba en provisionalidad. Agregó que la solicitud de reintegro no era procedente llevarlo a cabo por vía de tutela, de tal forma que quedaba a juicio de la demandante iniciar otros mecanismos judiciales para su reclamación.

Segunda instancia. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, confirmó el fallo del *a quo* el 24 de octubre de 2008. Puso de presente que la accionante había iniciado acción de nulidad y restablecimiento del derecho; por tanto, la acción de tutela, al ser residual, perdía su eficacia.

#### 9. Expediente T-2188198

##### 9.1. Hechos

La señora Myriam Lizarazo Vargas interpone acción de tutela contra las sentencias proferidas el 26 de abril de 2002 y 2 de octubre de 2003 por la Sección Segunda, subsección "C", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la Sección Segunda, subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, al considerar que tales decisiones violaron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna, a la honra y a la dignidad.

Advierte la accionante que laboró como empleada del Departamento Administrativo de Seguridad DAS durante 11 años, 7 meses y 5 días, desde el 29 de abril de 1988 hasta el 1 de diciembre de 1991, fecha esta última en que fue declarada insubsistente mediante resolución no motivada número 1804 proferida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, a pesar de que había sido inscrita en el régimen especial de carrera de esa entidad mediante resolución número 2134 del 5 de julio de 1990.

En término legal y mediante apoderado judicial promovió acción de nulidad contra la citada resolución número 1804 del 1 de diciembre de 1999 y de restablecimiento del derecho. Por decisión del 26 de abril de 2002 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, considerando que el acto administrativo cuestionado no requería de motivación y que no se había desvirtuado la presunción de legalidad que lo ampara. Impugnada tal decisión, conoció en segunda instancia la Sección Segunda, subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en sentencia del 2 de octubre de 2003 confirmó la sentencia apelada.

Frente a las anteriores circunstancias, la señora Myriam Lizarazo Vargas, considera que luego de haberse proferido las anteriores decisiones judiciales, la jurisprudencia constitucional ha variado de manera sustancial su postura sobre la potestad discrecional, no sólo del Director del DAS sino de otras entidades estatales, por lo que las sentencias de primera y segunda instancia constituyen vías de hecho por desconocer el precedente judicial. Ante tal situación solicita la nulidad de todo lo actuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por el Consejo de Estado, y en su lugar pide que la Sala Plena del Consejo de Estado o en su defecto otro consejero de la Sección Segunda, subsección "A", de esa misma Corporación, resuelva su caso.

#### 9.2. Trámite procesal

El 9 de junio de 2008, la accionante interpuso la presente acción de tutela directamente ante la Corte Constitucional, razón por la cual mediante auto de Sala Plena fue remitida por competencia al Consejo de Estado. Mediante auto del 14 de agosto de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a las corporaciones judiciales accionadas y al Departamento Administrativo de Seguridad DAS como tercero interesado.

#### 9.3. Intervención de las entidades demandadas

Consejo de Estado. Notificado el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", solicita que la acción sea rechazada por improcedente, en virtud de que no concurre el presupuesto de la inmediatez y tampoco se vulneró el derecho a la igualdad, ni los demás que se alegan.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca pide también que la acción se declare improcedente, porque las providencias judiciales cuestionadas están motivadas suficientemente, precisando la causal de retiro consagrada en el artículo 66, literal b) del Decreto 2147 de 1989.

#### 9.4. Intervención del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, como tercero interesado

El Jefe de la Oficina Jurídica del DAS considera que la acción de tutela debe rechazarse por improcedente en este caso, por las siguientes razones: (i) la accionante ya ejerció la vía judicial ordinaria, (ii) se trata de una asunto de naturaleza laboral, (iii) no concurre el presupuesto de la inmediatez, (iv) el acto administrativo que declaró la insubstancia fue proferido de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución y los Decretos 214 y 2147 de 1989, y (v) las sentencias cuestionadas no vulneran ninguno de los decretos alegados por la accionante.

#### 9.5. Pruebas

- Fotocopia del extracto de la hoja de vida de la señora Myriam Lizarazo Vargas (folios 39 a 41).

- Fotocopia de la resolución número 2134 de julio 5 de 1990, por la cual se inscribe a la señora Lizarazo Vargas al régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad DAS (folio 49).

- Fotocopia de la decisión proferida en segunda instancia por la Sección Segunda, subsección "A", del Consejo de Estado, de fecha 2 de octubre de 2003, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora Myriam Lizarazo Vargas contra el DAS (folios 50 a 55).

#### 9.6. Sentencias objeto de revisión

Primera Instancia. La Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de septiembre de 2008, resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela, considerando que no existe ninguna disposición constitucional, ni legal, que autorice la acción de tutela contra providencias judiciales, puesto que los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 fueron declarados inexistentes por la sentencia C-543 de 1992; y que no es admisible, ni lógica ni jurídicamente, la tesis de alguna parte de la jurisprudencia que admite la posibilidad de que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales, porque desconoce los postulados de la cosa juzgada, de la seguridad jurídica y de la desconcentración de la administración de justicia, consagrados en el artículo 228 de la Constitución Política, rompiendo de esa manera la estructura del Estado.

Segunda instancia. La Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 27 de noviembre de 2008, resolvió el recurso de apelación, confirmando integralmente la de primera instancia, aclarando que esa posición jurídica obedece también al mandato del artículo 230 de la Constitución, según el cual los jueces en sus providencias solo están sujetos al imperio de la ley y en este caso ninguna norma constitucional, ni legal, ordena que la acción de tutela procede contra providencias judiciales.

#### 10. Expediente T-2188408

##### 10.1. Hechos

El señor Abel Antonio Piñeres Mejía interpone acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al trabajo.

Sostiene el accionante que la Fiscalía General de la Nación, mediante resolución número 006 del 10 de septiembre de 1992, lo nombró en provisionalidad en el cargo de carrera de Técnico Administrativo Grado IV, del cual tomó posesión el 5 de octubre siguiente. Afirma que la misma Fiscalía, por resolución número 0-2465 del 26 de diciembre de 1997, lo nombró en provisionalidad en el cargo de carrera de Asistente Judicial I de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, del cual tomó posesión el 7 de enero de 1998 y desempeñó en forma ininterrumpida hasta el 3 de diciembre de 2002, por haber sido declarado insubsistente mediante resolución número 0-2002 del 28 de noviembre del mismo año proferida por el Fiscal General de la Nación, la cual no fue motivada y sin que la Fiscalía hubiese convocado a concurso de méritos para proveer ese cargo.

Por tal motivo, el actor ejerció contra la entidad la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando falta de motivación, según la jurisprudencia consignada en la sentencia SU-250 de 1998.

Iniciada la actuación contencioso administrativa, correspondió su conocimiento al Juzgado 5 Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual, el 14 de noviembre de 2007, declaró la nulidad del acto administrativo que desvinculó al señor Abel Antonio Piñeres Mejía y ordenó su reintegro al cargo; pero apelada ésta decisión por la Fiscalía General de la Nación, el Tribunal Administrativo de Bolívar la revocó íntegramente en sentencia del 23 de octubre de 2008, por considerar que no requiere motivación el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento en un cargo en provisionalidad. La sentencia contó con la aclaración del voto del Magistrado Javier Ortiz del Valle por considerar que el fallo sólo puede indicar la denegatoria a lo solicitado en la demanda por que en este caso no se dieron las circunstancias de argumentación y probatorias de otros procesos fallados por el Tribunal en los que se ha dado curso a las pretensiones de la demanda.

##### 10.2. Trámite procesal

Mediante auto del 11 de noviembre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar.

No se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, entidad que si bien no fue demandada puede tener interés en el resultado de la presente acción.

##### 10.3. Intervención del Tribunal demandado

Los magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Bolívar que suscribieron la sentencia del 23 de octubre de 2008 se abstuvieron de contestar la acción de tutela, pero su presidenta rindió un informe en el cual sostiene que dicha acción es improcedente en contra de la referida sentencia, porque ésta no constituye una vía de hecho, en razón de que no vulneró el debido proceso, y, por el contrario, se basa en la ley aplicable al caso que no consagra estabilidad para el personal sin escalafón que desempeña en provisionalidad cargos de carrera, por no haber ingresado al servicio mediante concurso de méritos, por lo cual no puede someterse su remoción a las causales establecidas para la remoción de empleados de carrera, sino que se asimilan a los de libre nombramiento y remoción. Agrega que en el mismo sentido es la jurisprudencia del

Consejo de Estado.

#### 10.4. Pruebas

- Fotocopia del acta de posesión número 010 del 7 de enero de 1998, expedida por el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, en la cual consta la toma de posesión el señor Abel Antonio Piñeres Mejía en el cargo de Asistente Judicial I de dicha entidad (folio 28).

- Fotocopia de la Resolución No. 0-2002 de noviembre 28 de 2002, por la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente al señor Abel Antonio Piñeres Mejía en el cargo de Asistente Judicial I de la Dirección Seccional de Fiscalía de Cartagena (folio 29).

- Fotocopia de la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2007 por el Juzgado 5 Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Abel Antonio Piñeres Mejía contra la Fiscalía General de la Nación, en la que se declaró la nulidad del acto administrativo que desvinculó al actor y ordenó su reintegro al cargo (folios 32 a 65).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que revocó la sentencia del Juzgado 5 Administrativo del Circuito de Cartagena y negó las súplicas del señor Piñeres Mejía propuestas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho (folios 66 a 109).

#### 10.5. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. En sentencia del 26 de noviembre de 2008, Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, rechazó por improcedente la acción de tutela, por considerar esa Sala, acogiendo el criterio de la Sala Plena, que la acción de tutela tiene un carácter excepcionalísimo como mecanismo para infirmar una providencia judicial y que por eso resulta procedente sólo si los alegatos de la demanda se encuentran sustentados en la violación de derechos fundamentales constitucionales relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa o con el acceso a la administración de justicia, de los cuales ninguno tiene lugar en este caso.

### 11. Expediente T-2188413

#### 11.1. Hechos

La Fiscalía General de la Nación, mediante resolución número 0-2354 del 26 de octubre de 1994, nombró en provisionalidad al señor José Gregorio Gutiérrez Alvarado en el cargo de carrera de Técnico Judicial I del CTI de Cartagena, habiendo tomado posesión el 22 de noviembre del mismo año.

El Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento mencionado mediante resolución número 0-2002 del 21 de diciembre de 2001, a partir del día 27 de ese mes, luego de que el actor había prestado sus servicios de manera ininterrumpida, sin haber motivado la resolución que lo declaró insubsistente.

El señor Gutiérrez Alvarado, mediante apoderado judicial, demandó la nulidad de la resolución número 0-2002 del 21 de diciembre de 2001 y el reintegro al cargo sin solución de continuidad.

El Juzgado 9 Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del 27 de marzo de 2007, declaró la nulidad de la resolución número 0-2002 del 21 de diciembre de 2001 y ordenó el reintegro del accionante al cargo que tenía. Impugnada la anterior decisión por la Fiscalía General de la

Nación, conoció en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Bolívar que en sentencia del 2 de octubre de 2008, revocó la de primera instancia y denegó las pretensiones de la demanda, desconociendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con la necesidad de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento en un cargo en provisionalidad. La sentencia contó con la aclaración del voto del Magistrado Javier Ortiz del Valle por considerar que el fallo sólo puede indicar la denegatoria a lo solicitado en la demanda por que en este caso no se dieron las circunstancias de argumentación y probatorias de otros procesos fallados por el Tribunal en los que se ha dado curso a las pretensiones de la demanda.

Ante tal suceso, el accionante interpone acción de tutela con las pretensiones de que se amparen sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al trabajo, que considera vulnerados por el Tribunal Administrativo de Bolívar, y que, como consecuencia, se deje sin efectos la sentencia proferida por ese Tribunal el 2 de octubre de 2008 y se le dé pleno valor a la sentencia del Juzgado 9 Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 27 de marzo de 2007.

#### 11.2. Trámite procesal

El trámite de la acción correspondió a Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, que en auto del 21 de octubre de 2008 la admitió y ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y a la Fiscalía General de la Nación para que se pronunciaran sobre la misma.

#### 11.3. Intervención de la entidad demandada

El Tribunal Administrativo de Bolívar no contestó la acción interpuesta, pero su presidenta rindió un informe y en él expone que la sentencia cuestionada no constituye vía de hecho, ni vulnera los derechos fundamentales del accionante, porque se fundamenta en la ley aplicable al caso y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual el acto administrativo que declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación. Manifiesta que, si bien la posición de la Corte Constitucional es que los actos de desvinculación de un trabajador nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera deben ser motivados, ello no es óbice para que el Tribunal decida de acuerdo al criterio trazado por su superior jerárquico al analizar situaciones análogas.

Indica que el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de noviembre de 2004, señaló que la vía de hecho no puede hacerse consistir en discrepancias interpretativas, ni en juicios de legalidad o de constitucionalidad, pues sería desnaturalizar el concepto de vía de hecho y crear una instancia o un recurso más. Agrega que ese Tribunal en otros casos ha declarado la nulidad de esa clase de actos administrativos cuando en ellos se ha demostrado desviación de poder de la administración pública debido a persecución política.

#### 11.4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación pide que se declare improcedente la acción de tutela, porque la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar se ajusta a la ley y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual el acto administrativo que declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación, pues el empleado nombrado en provisionalidad con base en facultades discrecionales no tiene ninguna estabilidad laboral, como sí la tiene el empleado nombrado en carrera mediante concurso de méritos. Por consiguiente, también puede ser desvinculado discrecionalmente y sin ninguna motivación.

Indica que las *"discrepancias razonables de interpretación de las normas jurídicas"* han sido descartadas por la Corte Constitucional como constitutivas de vías de hecho (Sentencia T-085 de 2001). Por lo tanto, lo pretendido por el actor con la acción de tutela es crear una instancia judicial adicional en el trámite del proceso ordinario, con el fin de imponer su interpretación de los hechos. Por ello, considera que la conducta del actor desconoce los argumentos jurídicos que en su momento expusiera el Tribunal Administrativo de Bolívar en su fallo, afectando la autonomía de que gozan los jueces para actuar, más aún cuando en el presente caso el juez obró de conformidad con el procedimiento legal, del cual el mismo actor pudo participar y ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa.

#### 11.5. Pruebas

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada el 26 de abril de 2002 por el accionante (folios 25 a 45).
- Fotocopia de la resolución número 0-2354 de octubre 26 de 1994, mediante la cual se nombra en provisionalidad al señor José Gregorio Gutiérrez Alvarado en el cargo de Técnico Judicial I del CTI de Cartagena (folio 46).
- Fotocopia de la resolución número 0-2002 de diciembre 21 de 2001, por la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Gutiérrez Alvarado (folio 48).
- Fotocopia de la sentencia de primera instancia del 27 de marzo de 2007 proferida por el Juzgado 9 Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Gregorio Gutiérrez Alvarado (folios 60 a 80).
- Fotocopia de la sentencia de segunda instancia del 2 de octubre de 2008 proferida por Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el accionante (folios 81 a 100).

#### 11.6. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de noviembre de 2008, denegó la tutela reclamada por considerar que no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados. Para llegar a esa conclusión tuvo en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban la acción de tutela contra providencias judiciales, aclarando que dicha acción no procede contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad de que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable causado por actuaciones judiciales distintas de las providencias; y que de ningún modo es admisible que el juez que resuelve la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, posibilidad esa que está excluida de los conceptos de autonomía e independencia funcionales.

Agrega que el Consejo de Estado ha reiterado que la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales, salvo que se haya lesionado el derecho a acceder a la administración de justicia, lo que no sucede en este caso, porque el accionante intervino en todas las etapas del proceso administrativo, solicitando pruebas, formulando peticiones y alegando de conclusión.

#### 12. Expediente T-218841

##### 12.1. Hechos

Mediante escrito del 21 de julio de 2008, el señor Octavio Mantilla Sáenz, por intermedio de abogado, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Atlántico, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud, petición, trabajo y debido proceso.

Relata que ingresó a laborar en la Fiscalía General de la Nación en la seccional de Barranquilla, el 30 de octubre de 1992, en el cargo de Asistente Judicial I; sin embargo, el 5 de noviembre de 2003 fue dictada la resolución No. 0-2305 proferida por el Fiscal General de la Nación en la que se declaró su insubsistencia.

Advierte que al momento de su desvinculación, la Fiscalía General de la Nación conocía su delicado estado de salud, ocasionado porque anteriormente había sufrido un accidente laboral en el que perdió la audición del oído derecho. Esta lesión le causó afecciones en su equilibrio,

tranquilidad, memoria; por consiguiente, en ciertas oportunidades se vio forzado a ausentarse de su lugar de trabajo, razón por la cual la entidad le inició injustamente procesos disciplinarios.

Señala que contra la decisión que declaró su insubsistencia interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que correspondió a la autoridad judicial demandada, quien mediante sentencia de 10 de mayo de 2006 denegó sus pretensiones, al indicar que el actor ejercía el cargo en provisionalidad, en cuanto no ingresó a la Fiscalía previo concurso de méritos, por ende, podía ser retirado en cualquier momento sin necesidad de motivación y además por cuanto la facultad de libre nombramiento y remoción no se obstaculiza por el hecho de que el funcionario se encuentre enfermo, circunstancia que no le generan inamovilidad relativa en el empleo.

Considera que con dicho fallo se incurrió en vía de hecho, *“al priorizar normas potestativas de la facultad discrecional del nominador de prescindir de los servicios del trabajador, contra las que prohíben despedirlo estando gravemente afectada su salud y, de otra parte, militando varios procesos disciplinarios en su contra, pendientes de fallo.”* Además, expone que la sentencia omitió pronunciarse acerca de unos de los extremos de la litis, cual es, el que la entidad no podía desvincularlo cuando estaba pendiente una valoración de salud ocupacional. Presentó recurso de apelación contra este fallo, no obstante, la autoridad judicial demandada se limitó a no concederlo mediante auto del 16 de agosto de 2006, al considerar que, por la cuantía de las pretensiones de la demanda, el proceso era de única instancia. En el mismo escrito también solicitó adicionar la sentencia, petición sobre la cual la autoridad judicial demandada no se pronunció, según narra el actor.

Asevera que su esposa, que está enferma, y sus hijos, uno de ellos de 5 años de edad, se encuentran desprotegidos porque él no cuenta con los recursos necesarios para proveerles su subsistencia, teniendo en cuenta que asume la condición de padre cabeza de familia. Señala que se ve obligado a recurrir a la caridad familiar, especialmente a su progenitor que le ayuda, con grandes sacrificios, a atender algunos de sus gastos.

Por todo lo anterior, el actor pide que se revoque la sentencia del 10 de mayo de 2006 y el auto del 16 de agosto del mismo año dictados por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en su lugar, se le ordene que reexamine y profiera una nueva sentencia que proteja sus derechos fundamentales.

#### 12.2. Intervención de la Corporación demandada

Los Magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Atlántico dieron respuesta del recurso de amparo, señalando que las providencias de 10 de mayo y 16 de agosto de 2006 no incurrieron en vía de hecho, ni vulneraron el debido proceso u otros derechos fundamentales al actor, dado que esta circunstancia se presenta cuando las decisiones sean *“burdas”* y *“absolutamente apartadas de la legalidad”*, circunstancia que estaba muy lejos de haberse presentado en las decisiones atacadas. Asimismo, alegó que la divergencia en la interpretación de las normas legales no era materia constitucional que pudiera ser objeto de la acción de tutela.

#### 12.3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, solicita que se declare su improcedencia. Pone de presente que la sentencia objeto de la controversia fue proferida en el año 2006; por consiguiente, no se configura el presupuesto de inmediatez de la acción de tutela. Señala que si bien el recurso de amparo no tiene término de caducidad, también lo es que el paso del tiempo desdibuja la protección inmediata que se pretende alcanzar con el mecanismo constitucional.

De igual manera, indica que las diferentes interpretaciones del juez, basadas en determinado razonamiento jurídico, hacen parte de su autonomía, consagrada en la misma Constitución. Aduce que el accionante pretende imponer su particular criterio hermenéutico, desconociendo la labor que efectuó la autoridad judicial demandada con total apego al ordenamiento jurídico.

#### 12.4. Pruebas

- Fotocopia de la Resolución número 0-2305 de 05 de noviembre de 2003, dictada por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del Octavio Mantilla Sáenz en el cargo de Asistente Judicial I (folio 15 del cuaderno principal).

- Fotocopia del recurso de revocatoria directa que presentó el accionante contra la resolución que declaró su insubsistencia (folio 16 y 17 ib.).
- Fotocopia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el actor contra el acto que declaró su insubsistencia (folios 1 al 11 ib.).
- Copia de exámenes de diagnóstico y de la historia clínica del actor (folios 26 a 65; 95 a 102 ib.).
- Fotocopia de oficio número BS 077 de fecha 15 de mayo de 2001 suscrito por la Analista de Bienestar Social de la Dirección Administrativa y Financiera de la Seccional de Barranquilla de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual solicita sea realizada una valoración médica al funcionario (folio 73 ib.).
- Fotocopia de sentencia del 10 de mayo de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico por el proceso iniciado por Octavio Mantilla Sáenz contra la Fiscalía General de la Nación, el cual negó las súplicas de la demanda (folios 160 a 168) y otras actuaciones procesales (folios 106 al 159 ib.).
- Auto de 16 de agosto de 2006 dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual no se concede el recurso de apelación interpuesto por el demandante, por cuanto la cuantía no excedía de 100 salarios mínimos al momento de la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (folios 175 a 177 ib.).
- Fotocopias de registros civiles de la esposa e hijos del actor (folios 178 a 181 ib.).
- Declaración extraproceso de la señora Piedad María Escoria Cárdenas y el señor Erasmo Segundo Mejía Pasión (folio 185 ib.).

#### 12.5. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. La Sala Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 22 de agosto de 2008, rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta, al considerar no procede contra providencias judiciales. Al respecto, indicó que dentro de un procedimiento sumario no podría revisarse las decisiones adoptadas por el juez natural, pues de lo contrario se quebrantaría los principios de cosa juzgada constitucional, autonomía e independencia de las autoridades judiciales y de seguridad jurídica.

Segunda instancia. El 4 de diciembre de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia con similares argumentos.

#### 13. Expediente T-2189945

##### 13.1. Hechos

Carlos Arturo Marín Perea instaura acción de tutela contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, el 14 de julio de 2008, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital, a los derechos fundamentales de los niños y a la protección especial del padre cabeza de familia.

Señala que laboró en la Contraloría Distrital de Santa Marta desde el 15 de agosto de 2003 hasta el 31 de marzo de 2008. Advierte que, el 11 de septiembre de 2006, se posesionó en provisionalidad como Jefe de la Oficina de Control Fiscal.

Indica que la resolución número 032 de 31 de marzo de 2008 proferida por la Contralora Distrital de Santa Marta, mediante la cual se declaró su insubsistencia, no fue motivada y le dio el tratamiento de empleado público de libre nombramiento y remoción; por tanto, se desconoció: (i) que el cargo que desempeñaba se encuentra legalmente reconocido como de carrera administrativa según el acuerdo Distrital No. 001 del 13 de mayo de 2006 y las resoluciones de la entidad demandada números 072, 073, 074 y 082 del 11 de septiembre de 2006; (ii) su derecho al debido proceso, en la medida en que se denegó el derecho a la defensa; (iii) su condición de padre cabeza de familia, pese a que su nominador conocía previamente esta circunstancia; (iv) que nunca le fue adelantado algún proceso disciplinario e incluso, por el reconocimiento de su labor, fue designado como Contralor Distrital de Santa Marta en encargo en más de nueve oportunidades.

Señala que resultaría inverosímil que se nombrara en su mismo cargo a otra persona en provisionalidad, a la señora Martha Liliana Ospino Rojas, puesto que al no convocarse al concurso de méritos para que éste sea proveído, se le privaría del derecho de estabilidad laboral *pro tempore*. Asimismo, manifiesta que es padre cabeza de familia, por cuanto tiene a su cargo las responsabilidades económicas de su hogar, conformado por su compañera permanente y su hijo de un año y seis meses de edad. Indica que desea evitar la consumación de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la falta de ingresos para atender sus necesidades básicas y las de su familia, aunado a la dificultad de vincularse al mercado laboral.

Asevera que al carecer de capacidad de pago por encontrarse desempleado, fue retirado de la EPS a la que se encontraba afiliado. Por ende, él y su familia quedaron desprotegidos en salud, especialmente su hijo, a quien le suspendieron el servicio médico que venía recibiendo.

Por lo anterior, acude a este mecanismo con el objeto de que se amparen transitoriamente sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad, a la protección al padre cabeza de familia y a la seguridad social. Solicita que sea reintegrado sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando en la entidad demandada, así como el pago de los salarios, de los aportes en salud y pensiones dejados de percibir contados a partir desde el momento en que fue desvinculado.

### 13.2. Intervención de la entidad demandada

La Contraloría Distrital de Santa Marta, mediante apoderado judicial, solicita denegar la procedencia de la acción de tutela.

Aduce que no es necesario motivar los actos administrativos que desvinculan funcionarios provisionales nombrados en cargos de carrera. Trae a colación el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, así como sentencias del Consejo de Estado en tal sentido (sentencia del 1º de marzo de 2007, radicación número 0777114, Sección Segunda Subsección A; sentencia del 15 de marzo de 2007, radicación número 12089, Sección Segunda Subsección A; y sentencia del 12 de abril de 2007, radicación número 8103-05, Sección segunda).

Señala que al actor, por encontrarse vinculado en provisionalidad, no le era predicable el fuero de estabilidad laboral ni adquiría los mismos derechos de un empleado de carrera. Además, expone que un funcionario puede ser retirado, aun cuando no exista sanción disciplinaria, dado que la necesidad del servicio puede tener diferentes causas.

Igualmente, arguye que el demandante cuenta con un mecanismo judicial idóneo, por cuanto puede interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que declaró su insubsistencia.

Por otro lado, controvierte la condición de padre cabeza de familia del actor, puesto que, a su juicio, para ello no bastaba que el hombre se encargara de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar las condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos.

### 13.3. Pruebas

- Copia de la Resolución No. 078 de 11 de septiembre de 2006 proferida por el Contralor distrital de Santa Marta, en la cual se nombró provisionalmente al demandante en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Fiscal (folio 20 ib).

- Copia de oficio No. 012 de 11 de septiembre de 2006, suscrito por el Contralor Distrital de Santa Marta, en el cual se nombró provisionalmente al accionante en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Fiscal (folio 21 ib).

- Copia de certificación laboral expedida por el Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera, del 14 de abril de 2008, en donde se especifica que el demandante laboró en la Contraloría del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta desde el 15 de agosto de 2003 hasta el 31 de marzo de 2008, desempeñando diferentes cargos (folios 23 y 24 ib).

- Copia de la Resolución No. 032 de 31 de marzo de 2008 dictada por la Contralora Distrital de Santa Marta, mediante la cual se declara insubsistente al señor Carlos Arturo Marín Perea del cargo de Jefe de la Oficina de Control Fiscal (folio 19 ib).

- Copia de Resolución No. 057 de 22 de abril de 2008, dictada por la contralora Distrital de Santa Marta, mediante la cual se nombra en provisionalidad a la señora Martha Liliana Ospino Rojas en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Fiscal (folios 25 y 26 ib).

- Copia del registro civil de nacimiento de un hijo menor del actor (folio 27 ib).

- Copias varias de las resoluciones 001 de mayo 12 de 2006, 074 de septiembre de 2006 y 082 de esa misma fecha, en las cuales la Contraloría Distrital de Santa Marta adopta la nueva planta de personal de esa entidad, y se dictan las normas del régimen especial de carrera administrativa de la misma entidad. (folios 41 a 68 ib).

- Certificación de la secretaría del Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta acerca de que el actor presentó una demanda que correspondió ha dicho despacho bajo la radicación número 47-001-3331-003-2008-00242-00. (folio 169 ib.)

#### 13.4. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. El Juzgado 4º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, mediante sentencia de 31 de julio de 2008, denegó la protección constitucional.

En primer lugar, indicó que el actor no aportó ninguna documentación que evidenciara la vulneración a su mínimo vital, en conexidad con la seguridad social, ocasionada por haber sido desvinculado de la entidad accionada.

En segundo lugar, consideró que no había lugar a motivar el acto de desvinculación de una persona nombrada en provisionalidad. De todos modos, el demandante podía hacer uso de otros mecanismos judiciales para solicitar el reintegro que pretendía.

Segunda instancia. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, mediante providencia del 20 de noviembre de 2008, confirmó la decisión del *a quo*, con diferentes argumentos.

Consideró que la falta de motivación del acto de insubsistencia afectaba el derecho al debido proceso del demandante. Sin embargo, tuvo en cuenta que él había iniciado ante la jurisdicción contenciosa administrativa un proceso en el cual planteó similares pretensiones a las de la acción de tutela; por tanto, aquella era la vía idónea para dirimir la controversia.

14. Expediente T-2190768

14.1. Hechos

El señor Libardo de Jesús Mora Medina estima violados sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por parte del Juzgado 10 Administrativo de Bogotá, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y las Secciones Segunda, subsección "A", y Cuarta del Consejo de Estado. Para fundamentar su solicitud relata los siguientes hechos.

Sostiene que estuvo vinculado a la Fiscalía General de la Nación, desempeñando el cargo de Fiscal Delegado ante los jueces penales del circuito especializados de Bogotá, desde el 3 de noviembre de 1994 hasta el 15 de abril de 2003, fecha en la cual, mediante resolución número 0-0813, fue declarado insubsistente por el Fiscal General de la Nación, sin que mediara ningún tipo de motivación al respecto.

Manifiesta que lo anterior lo motivó a iniciar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución que declaró insubsistente su nombramiento, demanda que fue fallada por el Juzgado 10 Administrativo de Bogotá en sentencia del 8 de octubre de 2007, quien negó las pretensiones de la demanda al considerar que las insubsistencias de nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera no requieren de motivación. Impugnada dicha decisión, la misma fue confirmada en segunda instancia por la Sección Segunda, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de marzo de 2008 por las mismas razones. Precisó además, que el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera no implica que el nombrado tenga algún tipo de estabilidad relativa y por tanto puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional en búsqueda del buen servicio y el interés general.

Indica el actor que esas decisiones judiciales vulneran sus derechos fundamentales, razón por la cual promovió ante el Consejo de Estado acción de tutela contra las autoridades mencionadas. Agrega que la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "A" del Consejo de Estado, en providencia del 26 de junio de 2008, rechazó por improcedente la acción de tutela al considerar que si bien es admisible la acción de tutela contra providencias judiciales en casos excepcionales y por desconocimiento del debido proceso, esta circunstancia no se presenta, pues las providencias cuestionadas no lesionan garantías constitucionales, ni son arbitrarias e irregulares, como tampoco la decisión de las autoridades accionadas de acatar tal o cual posición, pues se hizo en el marco de la autonomía funcional y la independencia judicial. Apelada la misma, mediante sentencia proferida el 27 de agosto del mismo año, la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, confirmó el rechazo de la tutela pero por considerar que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, ni siquiera cuando se argumente que se ha configurado una vía de hecho o que el juez ha cometido errores protuberantes o groseros.

El señor Libardo de Jesús Mora Medina solicita al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales vulnerados "*con el ilegal fallo emitido en su contra por el Juzgado 10 Administrativo y los fallos de tutela en primera y segunda instancia emitidos por la Sección Segunda - Subsección "A" y Cuarta del Consejo de Estado*".

14.2. Trámite procesal

Declarada la nulidad de todo lo actuado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca por falta de competencia, mediante auto del 13 de noviembre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a los magistrados de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado y de la Subsección B, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Juez 10º Administrativo de Bogotá.

No se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, entidad que si bien no fue demandada puede tener interés en el resultado de la presente acción.

14.3. Intervención de las entidades demandadas

Consejo de Estado. Notificada esta acción de tutela al Consejo de Estado, el Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de la Sección

Segunda de la Sala Contencioso Administrativa, dio respuesta a esta tutela en los siguientes términos:

Indica que la presentación de una nueva acción de tutela por el actor representa un “ejercicio irresponsable, ilegal y temerario” de un mecanismo constitucional consagrado para la protección de los derechos fundamentales. Que esta conducta carece de todo respeto para con la norma superior, afectando además el buen funcionamiento de los despachos judiciales a los que ha correspondido conocer de las diferentes acciones por él instauradas con base en los mismos hechos.

Finalmente manifiesta que el actor en el escrito de tutela señaló bajo la gravedad del juramento que ya había presentado un recurso de amparo por los mismos hechos ante el Consejo de Estado y que la misma fue rechaza por estar dirigida contra providencia judicial, afirmación que además de ser falaz y temeraria burla la probidad y seriedad de la administración de justicia.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La Sección Segunda, subsección “B”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dio respuesta a la acción de tutela y señaló que las razones de hecho y de derecho que llevaron a adoptar la decisión de confirmar la sentencia proferida por el Juzgado 10 Administrativo de Bogotá, que negó las pretensiones planteadas por el actor en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada contra la Fiscalía, se encuentran ampliamente descritas en la sentencia dictada en ese mismo proceso por el Tribunal, de la cual allegó copia simple para su conocimiento y fines pertinentes.

#### 14.4. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número 0-0833 del 9 de mayo de 2002, mediante la cual el Fiscal General de la Nación nombra en provisionalidad al señor Libardo Mora Medina en el cargo de Fiscal Delegado ante los jueces penales de circuito especializados, de la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Extinción del Derecho de Dominio y contra Lavado de Activos (folio 26, cuaderno de pruebas).

- Fotocopia de la resolución número 0-0813 del 15 de abril de 2003, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Libardo Mora Medina en el cargo de Fiscal Delegado ante los jueces penales de circuito especializados, de la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Extinción del Derecho de Dominio y contra Lavado de Activos (folio 34, cuaderno de pruebas).

- Fotocopia de la sentencia de primera instancia del 8 de octubre de 2007, proferida por el Juzgado 10 Administrativo del Bogotá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Libardo Mora Medina (folios 31 a 44, cuaderno anexos tutela).

- Fotocopia de la sentencia de segunda instancia del 14 de marzo de 2008 proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor (folios 45 a 59, cuaderno anexos tutela).

- Fotocopia de la sentencia de primera instancia del 26 de junio de 2008 dictada por la Sección Segunda, subsección “A”, del Consejo de Estado dentro de la demanda de tutela interpuesta por el señor Libardo Mora Medina contra el Juzgado 10 Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 60 al 63).

- Fotocopia de la sentencia de segunda instancia del 27 de agosto de 2008 dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado dentro de la demanda de tutela interpuesta por el señor Libardo Mora Medina contra el Juzgado 10 Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 64 al 71).

#### 14.5. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. La Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en providencia del 11 de diciembre de 2008, resolvió rechazar la acción, al considerar que la regla general es la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, salvo en el

caso excepcional de las vías de hecho. Razón por la cual se han establecido una serie de límites estrictos que deben ser atendidos cuando se pretenda invocar la protección del juez constitucional. Uno de esos límites está relacionado con la tutela contra decisiones de tutela, pues la doctrina constitucional ha señalado que la tutela no procede contra sentencias de tutela.

Señala además que utilizar nuevas instancias o acciones improcedentes viola abiertamente el sistema constitucional y los principios de independencia y autonomía del juez, cosa juzgada, seguridad jurídica, el principio del *non bis in ídem* y configura un abuso del derecho, pues se convierte el amparo constitucional en un instrumento para entorpecer la actividad de la justicia.

#### 15. Expediente T-2192129

##### 15.1. Hechos

El señor Jesús Manuel López Celedón, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Subsección "B", Sección Segunda, del Consejo de Estado, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

El accionante se vinculó provisionalmente a la Comisión Nacional de Regalías como Profesional Especializado, código 3010, grado 23, mediante Resolución No. 045 de mayo 31 de 2001. No obstante, el Director General de la Unidad Especial de la Comisión Nacional de Regalías, mediante Resolución No.1-003 de 2003 del 10 de enero de 2003, lo declaró insubsistente, acto que, a su juicio, fue dictado sin ninguna motivación, pese a que el cargo que desempeñaba era de carrera administrativa.

Por tal motivo, el 8 de mayo de 2003 instauró la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección "D", que en sentencia del 23 de diciembre de 2004 negó las súplicas de la demanda al considerar que el nombramiento provisional no generaba que el acto administrativo de desvinculación fuera motivado.

Relata que apeló ésta sentencia, la cual fue confirmada en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, el 7 de febrero de 2008, con similares argumentos.

Considera que las referidas decisiones judiciales vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral, a la igualdad y al trabajo, en tanto que desconocen toda la jurisprudencia que sobre el particular ha sentado la Corte Constitucional, al explicar la necesidad de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un trabajador nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

Por lo anterior, solicita que se dejen sin efecto las providencias judiciales acusadas, para que en su lugar, se profieran nuevas sentencias que restablezcan sus derechos fundamentales *"conforme a los razonamientos de la sentencia de tutela"*.

##### 15.2. Trámite procesal

El actor presentó la demanda de tutela en la Secretaría del Consejo de Estado el 10 de junio de 2008. La Sección Cuarta de esta Corporación rechazó de plano la demanda mediante providencia del 12 de junio de 2008, con el argumento que el recurso constitucional no era procedente contra sentencias judiciales, sin enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Por consiguiente, el demandante acudió al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca para que resolviera de fondo el *sub judice*, con fundamento en el auto 100 de 2008 proferido por la Corte Constitucional.

Mediante auto del 25 de junio de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a los del Consejo de Estado, así como al Director General de la Comisión Nacional de Regalías como tercero con interés legítimo. Tanto el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca como la Comisión Nacional de Regalías guardaron silencio frente al requerimiento que realizó el juez.

#### 15.3. Intervención de las entidades demandadas

Consejo de Estado. El magistrado ponente de la sentencia del 7 de febrero de 2008 proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, señala que el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca carece de competencia para conocer de la acción de tutela en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000.

Por otra parte, alega que la acción de tutela contra sentencias judiciales es improcedente, máxime cuando la sentencia atacada expuso las razones de hecho y de derecho que la fundamentaron, al explicar que el accionante no contaba con fuero estabilidad laboral, en vista del tipo de vinculación que tenía con la administración, por lo que estaba sometido a la facultad discrecional del nominador que lo eximía de la obligación de motivar su decisión.

#### 15.4. Pruebas

- Fotocopia de la sentencia del 7 de febrero de 2008, proferida por la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado (folios 10 al 17 del cuaderno principal).

- Fotocopia de actuaciones procesales dictadas en el curso de la acción que inició el actor contra la Comisión Nacional de Regalías (un cuaderno anexo a la demanda de tutela).

#### 15.5. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. En sentencia del 8 de julio de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca negó el amparo constitucional. Consideró que no se advertía la configuración de alguna vía de hecho. Explicó que la controversia judicial surgida en torno a la declaratoria de insubstancialidad del nombramiento del actor por parte de la Comisión Nacional de Regalías, produjo unas decisiones judiciales que no contrariaron las normas de rango constitucional o legal relacionadas con las competencias y formas de retiro del servicio de los empleados públicos, por cuanto no existía norma alguna que obligara a extender a los trabajadores nombrados en provisionalidad la protección consagrada a los funcionarios nombrados en propiedad que se someten a un concurso de méritos. Señaló igualmente que la postura jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional no es obligatoria y por tanto, los demás jueces de la república pueden apartarse de su jurisprudencia siempre y cuando argumenten de forma seria, suficiente y válida jurídicamente.

Así, encontró que las decisiones proferidas por las autoridades judiciales accionadas eran razonables y suficientemente soportadas en interpretaciones rigurosas de normas vigentes, por ende no aparecían contrarias al orden jurídico vigente.

Segunda instancia. Impugnada la anterior decisión, le correspondió a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la cual, en sentencia del 1º de octubre de 2008, confirmó el fallo de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

Señaló que la ley exige al administrado la carga procesal de enunciar los hechos y las omisiones por las que considera que el acto administrativo que se ataca es ilegal. No obstante, el accionante al momento de instaurar la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, se limitó a indicar que existía falta de motivación, sin explicar el concepto de violación según los parámetros del Código Contencioso Administrativo. Por consiguiente, estimó que era improcedente la acción de tutela, al no alegarse la vulneración de sus derechos fundamentales en el proceso judicial. A su parecer, aceptar lo contrario implicaría la desnaturalización del recurso de amparo, puesto que al posibilitar que los errores u omisiones cometidos en el proceso ordinario pudieran ser subsanados mediante la acción de tutela, implicaría convertirlo en una tercera instancia o con el que se revivirían decisiones judiciales que hicieron tránsito a cosa juzgada.

De esta manera, explicó que los requerimientos que la ley previamente estableció sobre el particular, hacían que tal circunstancia no pudiera ser alegada ante la jurisdicción constitucional. Además, sostuvo que el criterio de la Corte Constitucional acerca de la obligatoriedad de motivar los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no era un criterio absoluto; por tanto, no reñía con los planteamientos de las sentencias atacadas.

#### 16. Expediente T-2210469

##### 16.1. Hechos

El señor César Augusto Hernández Aguirre presentó acción de tutela contra el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, a la estabilidad laboral y al acceso a la administración de justicia.

Señaló que ingresó al servicio el 16 de junio de 1994 en la Fiscalía General de la Nación. Mediante Resolución número 0-1597 del 22 de abril de 2005, proferida por el Fiscal General de la Nación fue declarado insubsistente en el cargo que desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué, la cual no fue motivada. Advirtió que ingresó a ocupar el cargo, luego de llevar a cabo un concurso de méritos. Por tanto, contra dicho acto administrativo interpuesto, el 22 de agosto de 2005, demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Puso de presente que el 21 de junio de 2006, durante el trámite del proceso ordinario, interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio contra la Fiscalía General de la Nación, Cafesalud EPS y ARP Colmena. El 26 de julio de 2006, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué resolvió conceder el amparo y ordenó el reintegro del actor al cargo que desempeñaba. No obstante, la Sala Penal Corte Suprema de Justicia revocó la decisión, al indicar que (i) el accionante ya había promovido una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el mes de agosto de 2005, sin que hubiera solicitado, como medida provisional, la suspensión del acto administrativo que lo desvinculó del cargo que desempeñaba y (ii) no se cumplía el presupuesto de inmediatez, por cuanto el acto que declaró la insubsistencia fue proferido el 22 de abril de 2005 y notificado el 27 del mismo mes y año, sin embargo la acción de tutela fue presentada el 21 de julio de 2006, transcurriendo más de un año para invocar la protección de sus derechos fundamentales.

El Juez Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, el 25 de marzo de 2008, negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sentencia confirmada el 19 de agosto de 2008 por el Tribunal Administrativo del Tolima. Los jueces estimaron que el actor no se encontraba inscrito en carrera administrativa al momento en que se declaró su insubsistencia. Asimismo, que el nominador no estaba en la obligación de motivar el acto por cuanto la facultad de proveer cargos en provisionalidad estaba supeditada a la discrecionalidad. Advirtió el accionante que contra esta última decisión no procedía ningún recurso ordinario o extraordinario.

Consideró lesionados sus derechos fundamentales por cuanto: (i) las autoridades judiciales demandadas desconocieron que ingresó a trabajar en la Fiscalía, al agotar todos los pasos de la convocatoria de un concurso de méritos; además, (ii) por apartarse del precedente reiterado por la Corte Constitucional acerca de la necesidad de motivar los actos de insubsistencia de los empleados provisionales. Adicionalmente, (iii) arguyó que la decisión de la Fiscalía no fue producto del mejoramiento del servicio, por cuanto se nombró a otro fiscal en provisionalidad en el cargo que desempeñaba y fue víctima de la persecución del Director Seccional de Fiscalías.

Por lo anterior, solicita que se ordene dictar sentencia de fondo acorde con el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional, el reintegro y pago de los salarios y demás emolumentos a los que estima tener derecho.

##### 16.2. Trámite procesal

Mediante auto del 22 de septiembre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación al Juez Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué y a los magistrados del Tribunal Administrativo de Ibagué y al Juez 10º Administrativo de Bogotá.

No se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, entidad que si bien no fue demandada puede tener interés en el resultado de la presente acción.

#### 16.3. Intervención de las entidades demandadas

Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué. El 22 de septiembre de 2008, el juez de primera instancia ordenó correr traslado de la demanda de tutela presentada contra del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué y del Tribunal Administrativo del Tolima. No obstante, el juzgado omitió dar el informe solicitado.

Tribunal Administrativo del Tolima. El magistrado ponente de la sentencia atacada del Tribunal Administrativo del Tolima adujo que el accionante no estaba amparado por las prerrogativas de los funcionarios que se encuentran en carrera, que le hubieran permitido una estabilidad relativa en el cargo. De tal forma que, la medida discrecional podía adoptarse en cualquier momento sin necesidad de ser motivada, de conformidad con el artículo 20 numeral 4 del Decreto 2699 de 1991.

#### 16.4. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número 0-1597 del 22 de abril de 2005, dictada por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró la insubsistencia el nombramiento del actor en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué (folio 19 del cuaderno principal).

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución número 0-1597, presentada por el demandante (folios 21 al 39 ib.).

- Fotocopia de la sentencia del 26 de julio de 2006 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la cual se resolvió en primera instancia la acción de tutela presentada por el demandante contra la Fiscalía General de la Nación (folios 40 al 62 ib.).

- Fotocopia de la providencia del 20 de septiembre de 2006 dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se resolvió en segunda instancia la acción de tutela presentada por el actor contra la Fiscalía General de la Nación (folios 63 al 70 ib.).

- Fotocopia del acta número 079, del 3 de marzo de 2008, firmada por el Vicefiscal General de la Nación y Presidente de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, así como por la Jefe de la Oficina de Personal y Secretaria de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, mediante la cual se discute la situación administrativa de algunos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, entre otros temas (folios 71 al 90 ib.).

- Fotocopia del fallo proferido el 25 de marzo de 2008 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso el demandante contra la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se decretara la nulidad del acto que lo desvinculó del servicio, la cual negó las súplicas de la demanda (folios 91 al 118 ib.).

- Fotocopia de la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima emitida el 19 de agosto de 2008, que conoció en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del actor contra la Fiscalía General de la Nación, en la cual se confirmó el fallo del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué (folios 121 al 139 ib.).

#### 16.5. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 2 de octubre de 2008, resolvió negar el recurso de amparo, al indicar que la acción de tutela no es procedente contra sentencias judiciales, puesto que de lo contrario, se desconocerían los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e, independencia y autonomía de los jueces.

Segunda instancia. Impugnada la anterior decisión, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo del *a quo* el 29 de enero de 2009, con similares argumentos

## 17. Expediente T-2217575

### 17.1. Hechos

Mediante apoderado judicial afirma el señor Tito Díaz Algarin que el 1º de julio de 1992 tomó posesión del cargo de Fiscal Seccional de Quibdó, para el cual fue incorporado mediante resolución número 029 de junio 25 de 1992, y que, por resolución número 52 de fecha 21 de agosto de 1992, fue trasladado a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena para desempeñar el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de Cartagena. Expone que, posteriormente, mediante resolución número 000097 del 23 de enero de 1998, fue encargado como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena. Aclara que ese cargo es de carrera, pero lo desempeñaba desde 1992 en provisionalidad en razón a que la Fiscalía, hasta el año de su insubstancia, no había convocado a concurso.

Informa que, a través de resolución número 0-1563 de octubre 23 de 2001 proferida por el Fiscal General de la Nación, sin que mediara renuncia de su parte, sanción disciplinaria de destitución, inhabilidad o motivo alguno que lo justificara, fue declarado insubstancial del cargo que desempeñaba. Agrega que el acto de retiro no fue motivado y que simplemente se limita a señalar que el mismo fue expedido en uso de las facultades que confiere al Fiscal General de la Nación el artículo 251 de la Constitución.

Manifiesta que, el 22 de febrero de 2002, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó el acto de insubstancia y solicitó el reintegro sin solución de continuidad, demanda que se fundó esencialmente en la expedición irregular del acto por falta de motivación.

Indica que, admitida la demanda y surtido el trámite correspondiente, el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante fallo del 7 de octubre de 2005, negó las pretensiones de la demanda. Pone de presente que la sentencia del Tribunal desconoció abiertamente el precedente de la Corte Constitucional sobre la necesidad de motivación para la insubstancia de servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

Dice que apeló la anterior decisión y que el Tribunal, por auto de fecha febrero 2 de 2006, negó el recurso por improcedente, teniendo en cuenta la cuantía de las pretensiones.

Por último, asevera que solicitó en varias oportunidades, la primera de ellas el 7 de abril de 2006 y la última el 12 de marzo de 2008, a la Secretaría del Tribunal las copias del expediente de su proceso administrativo, petición que no fue atendida oportunamente, pues tan solo el 8 de septiembre de 2008 el Tribunal ordenó la expedición de copias.

El señor Tito Díaz Algarin, el 15 de octubre de 2008, presenta acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al proferir sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado contra la Fiscalía General de la Nación, en la cual asegura se incurrió en vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional. En consecuencia, solicita se deje sin efecto la sentencia de octubre 7 de 2005 y se ordene al Tribunal proferir un nuevo fallo “sujeto a los parámetros del precedente de tutela”.

### 17.2. Trámite procesal

Mediante auto del 20 de octubre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y a la Fiscalía General de la Nación.

#### 17.3. Intervención de la entidad demandada

En escrito de fecha 29 de octubre de 2008, Gloria Isabel Cáceres Martínez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Bolívar, dando cumplimiento al auto de fecha 20 de octubre de 2008, rinde el informe requerido. Considera que en el trámite procesal surtido y en la sentencia proferida en la acción de nulidad y restablecimiento no se vulneró ningún derecho fundamental al accionante, como quiera que se ajustaron a la normatividad que rige los conflictos que se suscitan entre la administración y los empleados nombrados en provisionalidad, atendiendo los lineamientos que sobre este tema ha sentado el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contenciosos administrativa. Adiciona que, aunque la Corte Constitucional tiene una posición diferente sobre el particular, pues considera que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera deben ser motivados, no es óbice para que el Tribunal “*al momento de tomar un decisión sobre el mismo tema aplique tal criterio jurisprudencial, como quiera que sus superior jerárquico tiene una posición diferente*”.

Asevera que la conducta del Tribunal no carece de fundamento legal y que la sentencia proferida por esa autoridad judicial no obedeció a la voluntad subjetiva de la Corporación. De lo anterior concluye que no se ha vulnerado al actor su derecho fundamental al debido proceso y que por lo tanto, sus pretensiones en la demanda de tutela deben ser denegadas.

#### 17.4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

Mediante comunicación presentada el 28 de octubre de 2008, la Fiscalía General de la Nación, entidad vinculada como tercera con interés, se pronunció sobre los hechos que dieron lugar a la acción de tutela oponiéndose a la misma por improcedente.

En primer lugar explica que en el caso bajo estudio no se cumple con el requisito de inmediatez de la acción, por cuanto los hechos puestos en consideración ocurrieron en el año 2005 “*y hasta ahora es que parece darse cuenta el demandante que presuntamente se violaron derechos fundamentales con tal proceder*”.

En segundo término, señala que bastaría únicamente con lo anterior para la improcedencia del amparo. Sin embargo, considera oportuno recordar que la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha precisado que las tendencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que este tiene y que la misma Constitución consagra. Postura que tiene vigencia en este caso, pues la demandante pretende imponer su particular criterio hermenéutico sobre los hechos de la tutela, desconociendo de esta forma la labor autorizada que sobre los mismos realizó el juez ordinario de manera clara, concisa y apegada al ordenamiento jurídico.

Por último, afirma que más bien parece que la intención del actor es crear a través del amparo una instancia judicial más, lo cual resulta inconcebible por el carácter subsidiario de la acción de tutela.

#### 17.5. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número 0-1563 de octubre 23 de 2001, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del accionante (folio 64).

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el accionante contra la fiscalía General de la Nación (folios 28 a 41).

- Fotocopia de la sentencia de fecha octubre 7 de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar (folios 45 a 55).
- Fotocopia de la providencia de fecha febrero 2 de 2006, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se rechaza por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el señor Tito Díaz Algarin contra la sentencia del 7 de octubre de 2005, toda vez que el recurso fue presentado el día 14 de octubre de 2005, cuando ya estaba en vigencia la Ley 954 de 2005 y por lo tanto, al no exceder el asunto los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2005, corresponde a un proceso de única instancia (folios 56 a 58).
- Fotocopias de las solicitudes de copias del expediente identificado con el número de radicación 0013800, realizadas por el actor el 7 de abril de 2006, 20 de septiembre de 2006, 20 de febrero de 2007, 5 de julio de 2007, 5 de octubre de 2007 y 12 de marzo de 2008 (folios 65 a 70).
- Fotocopia del auto de fecha septiembre 8 de 2008, dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante el cual se ordena la expedición de las copias auténticas solicitadas por el actor (folio 71).

#### 17.6. Sentencias objeto de revisión

Primera Instancia. La Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de noviembre 12 de 2008, decide rechazar la acción de tutela por improcedente.

Considera que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales por las siguientes razones: (i) el artículo aprobado por la Constituyente no previó la tutela contra providencias, pues consideró que no se trataba de crear una instancia adicional o un recurso extraordinario al cual pudieran apelar todos aquellos que resultaran derrotados en los procesos judiciales o administrativos ya concluidos; (ii) la Corte Constitucional, en Sentencia C-543 de 1992, declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591, relacionados con la tutela contra providencias judiciales; por lo tanto, son equivocadas las consideraciones realizadas por la Corte con posterioridad, pues ninguna autoridad, ni siquiera la Corte, puede reproducir el contenido material de una norma declarada inexequible; (iii) la tutela, tal como está estructurada en Colombia, no es una instancia adicional, ni un recurso extraordinario, como el "*amparo que existe en otros países para unificar la jurisprudencia de las Cortes y que, contrario a la tutela, presupone necesariamente la existencia de una decisión judicial*"; (iv) cuando se concede la acción de tutela la protección consiste en una orden "*y la Administración de Justicia, por mandato constitucional (artículo 228 ibidem) es autónoma, independiente y desconcentrada, de suerte que por vía de tutela un juez no puede ordenar a otro que falle de determinada forma*"; (v) aceptar la tutela contra providencias judiciales implicaría permitir que se releve al juez a quien ha sido asignada competencia por la Constitución y la ley, para que los sujetos terminen siendo juzgados por jueces "*de excepción*", vulnerando por esa vía derechos fundamentales como el debido proceso.

Finalmente indica que existe otro hecho que refuerza la improcedencia de la tutela el cual hace referencia a que no se cumple en este caso con el requisito de inmediatez, pues desde la fecha en que fue expedida la sentencia atacada y el momento en que se interpuso el amparo transcurrieron 3 años.

Segunda instancia. La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de enero de 2009, confirmó la de primera instancia, por considerar que la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales, teniendo en cuenta estos argumentos esenciales: (i) el proceso en que fue proferida la sentencia censurada constituye otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, el cual fue decidido por el juez competente; (ii) cuando una persona utiliza otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz y la sentencia le es desfavorable, no puede acudir a la acción de tutela, porque ésta es siempre improcedente en tal caso, según lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991; (iii) la Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991, que permitían la acción de tutela contra providencias judiciales. Sin embargo, la misma Corte, en contradicción con esa sentencia, posteriormente abrió camino a la acción de tutela contra providencias judiciales a través de las teorías de la vía de hecho y de las causales genéricas de procedibilidad, sin tener en cuenta que el legislador es el competente para tal efecto, según el artículo 152, literal a) de la Constitución; y (iv) la aceptación de la acción de tutela contra providencias judiciales desconoce los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica, independencia y autonomía de los jueces.

#### 18. Expediente T-2241166

## 18.1. Hechos

El señor Jaime Enrique Niño López, mediante apoderado judicial, interpone acción de tutela contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2007 por la Sección Segunda, Subsección "B", del Consejo de Estado, providencia fijada en edicto el 18 de enero de 2008, mediante la cual se confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta el 27 de abril de 2004, que denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el accionante contra la Fiscalía General de la Nación.

Señala el actor que laboró en la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio, desde el 1º de julio de 1992 hasta el día 6 de febrero de 1997, fecha esta última en que se le notificó su insubstancialidad. Indica que siempre desempeñó sus funciones con responsabilidad, eficiencia, idoneidad y moralidad, sin que en ningún momento hubiese sido sancionado, "representando en consecuencia el buen servicio".

Expone que intempestivamente, mediante resolución No. 0-0255 del 4 de febrero de 1997, el Fiscal General de la Nación lo declaró insubstancial del cargo que desempeñaba y que dicha resolución no fue motivada, violando el parágrafo único del artículo 173 de la Ley 270 de 1996, los artículos 1º de la Ley 116 de 1994 y 100 del Decreto 2699 de 1991, las cuales establecen claramente que el cargo de Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito es de carrera y que, por lo tanto, su desvinculación debe efectuarse de acuerdo a las normas de carrera administrativa.

Manifiesta que la funcionaria que fue nombrada en su reemplazo "para mejorar el buen servicio" no cumplía con los requisitos legales para ostentar el cargo y no lo superaba en "calidad [ni en] experiencia".

Asevera que el Fiscal General de la Nación, al declararlo insubstancial del cargo que desempeñaba, violó su derecho a acceder a una pensión de jubilación, pues no tuvo en cuenta que le faltaban escasos 3 meses para completar los 20 años de servicio requeridos. En ese orden de ideas, la resolución No. 0-0255 del 4 de febrero de 1997 no fue inspirada en razones de buen servicio, sino, por el contrario, fue expedida con abuso y desviación del poder.

Aduce que lo anterior lo motivó a iniciar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución que declaró insubstancial su nombramiento, demanda que fue fallada por el por el Tribunal Contencioso del Meta en sentencia del 27 de abril de 2004, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el accionante "era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, pues no se encontraba inscrito en el régimen de carrera, no gozaba de periodo fijo y no tenía fijo de estabilidad; por esta razón su nombramiento podría declararse insubstancial en cualquier momento, sin motivar la providencia, es decir, en la forma como se llevó a cabo".

Inconforme con dicha decisión, el actor presentó recurso de apelación, del cual conoció la Sección Segunda, Subsección "B", del Consejo de Estado, que en sentencia del 17 de mayo de 2007 confirmó la decisión impugnada, al considerar que "conforme a la Ley 270 de 1996, el cargo que ocupaba el demandante es de carrera, sin embargo esto no implica que pueda reclamar derechos de carrera respecto del mismo, (...) En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y como en repetidas ocasiones lo ha sostenido la Sala, debido a que como fueron discrecionales las facultades por las cuales se designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en derecho se deshacen como se hacen".

Alega que tanto la sentencia de primero como de segundo grado, en especial esta última, encuadran en una de las causales "genéricas de procedibilidad de la acción de tutela", que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha denominado "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 la jurisprudencia", toda vez que el Consejo de Estado, en la sentencia del 17 de mayo de 2007, desconoce (i) la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la necesidad de motivación del acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; y (ii) sus propios fallos contenidos en los expedientes 512-01 del 7 de marzo de 2002 y 4963 del 22 de mayo de 2003, en los cuales señaló que "la designación que hace la administración de quien no reúne requisitos, constituye no sólo una situación irregular en que incurre la administración, dada la prohibición legal de efectuar ese tipo de nominaciones, sino que comporta una clara afrenta a los fines del servicio que no puede ser sometido al desempeño de quien no ha alcanzado los requerimientos académicos que la función encomendada impone. No puede predicarse, además, que se trata de un acto ajeno a la

insubsistencia porque si bien, la nueva designación se lleva a cabo en forma independiente, en ésta subyace un nexo con el primero, en la medida que tiene vocación para viciarlo cuando su expedición trastoca los fines del servicio".

#### 18.2. Trámite procesal

El trámite de la acción correspondió a la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, que en auto del 6 de febrero de 2009 la admitió y ordenó notificar a las Corporaciones Judiciales accionadas y a la Fiscalía General de la Nación para que, en su calidad de tercero, se pronunciara sobre la misma.

#### 18.3. Intervención de la Corporación demandada

La Magistrada encargada del despacho ponente de la providencia cuestionada solicita que la acción sea rechazada por improcedente, en virtud de que (i) la acción de tutela contra providencias judiciales es improcedente, como lo ha reiterado esta Sala; (ii) si no fuera esta la posición de la Sala tampoco sería procedente la acción por cuanto no se presenta alguna de las causales de procedencia del amparo respecto de las providencias judiciales, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues en la sentencia del 17 de mayo de 2007 se dan las razones de hecho y de derecho que fundamentan el proveído; (iii) la decisión no vulnera los derechos fundamentales de la parte actora, por cuanto en ella se respeta la ley aplicable y se dio una interpretación judicial válida, así no la comparta el accionante, de manera que no se puede descalificar como acto judicial; (iv) las sentencias citadas por la parte actora en defensa de su tesis contienen decisiones que "posteriormente fueron recogidas por la Sala Plena de la Sección Laboral, al unificar su criterio sobre el tema en sentencia del 13 de marzo de 2007"; (v) el accionante pretende reabrir el debate probatorio fenecido, respecto a la alegación de desmejoramiento del servicio y el incumplimiento de requisitos para acceder al puesto de quien lo reemplazó en forma transitoria; (vi) no puede aceptarse que la tutela se convierta en la última instancia de todos los procesos judiciales en detrimento de la seguridad jurídica y contrariando la supervivencia de la misma función judicial; y (vii) de acuerdo con el artículo 237 de la Constitución, el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y en tal calidad carece de superior y se constituye en la última instancia en asuntos contenciosos administrativos.

#### 18.4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación manifiesta que la acción de tutela invocada incumple con el principio de inmediatez de la acción, por cuanto los hechos puestos en consideración del juez de tutela ocurrieron en el año 2007 y hasta ahora parece darse cuenta el accionante que presuntamente se vulneraron derechos fundamentales con tal proceder. Agrega que es equivocado imaginar que el transcurso del tiempo no impide la prosperidad de la acción, como se insinúa con la demanda, cuando lo correcto de la hermenéutica jurisprudencial sobre el tema estriba en determinar que, si bien es cierto la tutela no tiene término de caducidad, también lo es que la temporalidad prolongada en no accionar desdibuja la protección inmediata que se pretende alcanzar con el mecanismo constitucional.

Manifiesta que, aunque bastaría con los anteriores argumentos para la improcedencia del amparo, es oportuno recordar que la Corte Constitucional ha señalado que las diferentes tendencias interpretativas del juez, basadas en un determinado criterio jurídico, hacen parte de la autonomía judicial que este tiene y que la misma Constitución consagra. Postura que en este caso concreto tiene más vigencia que nunca, pues el accionante pretende imponer su particular criterio hermenéutico sobre los hechos comentados en la tutela, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez ordinario. Por lo tanto, más bien parece que la intención del actor es crear a través del amparo una instancia judicial más, lo cual es inconcebible dado el carácter subsidiario del mecanismo constitucional.

#### 18.5. Pruebas

- Fotocopia de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2002 por la Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Carlos Noé Carrillo contra la Fiscalía General de la Nación (Radicación No. 512/01), que revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta y, en su lugar, declaró la nulidad de la resolución por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Carlos Noé Carrillo del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito, ordenó su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar (folios 97 al 104).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 22 de mayo de 2003 por la Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Juan Carlos Santiago Pérez contra la Fiscalía General de la Nación (Radicación No. 4963/01), que revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta y, en su lugar, declaró la nulidad de la resolución por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Juan Carlos Santiago Pérez del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio, ordenó su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar (folios 49 al 58).

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Jaime Enrique Niño López contra la Fiscalía General de la Nación (folios 41 al 48).

- Fotocopia de la sentencia dictada el 27 de abril de 2004 por el Tribunal Administrativo del Meta dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Jaime Enrique Niño López contra la Fiscalía General de la Nación, que denegó las súplicas de la demanda (folios 23 al 32).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2007 por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta (folios 117 al 128).

#### 18.6. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. La Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de septiembre de 2008, resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela por considerar que (i) la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues no es admisible, ni lógica ni jurídicamente, que por un procedimiento sumario, como el de esta acción, se invaliden actuaciones surtidas en un proceso diseñado precisamente para garantizar los derechos fundamentales de las partes; (ii) aceptar que el juez de tutela pueda invalidar providencias de otros jueces en asuntos cuyo conocimiento éstos tienen asignada precisa competencia, se traduce en un claro quebranto del principio de autonomía e independencia del juzgador; (iii) en Colombia no se concibió la acción de tutela contra decisiones judiciales, contrario a lo que ocurre en México con el recurso de amparo, dado que, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución, los jueces están en la obligación de aplicar los preceptos constitucionales y, desde luego, de proteger los derechos fundamentales en los asuntos sometidos a su decisión; (iv) no existe ninguna disposición constitucional, ni legal, que autorice la acción de tutela contra providencias judiciales, puesto que los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 fueron declarados inexequibles por la sentencia C-543 de 1992; (v) la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, ni cuando se argumente que la decisión judicial configura una vía de hecho, pues esas calificaciones se traducen en interpretaciones y criterios subjetivos que dependerán, en cada caso, del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro; y (vi) no es posible, ante la ausencia de preceptiva jurídica, admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues ello quiebra la estructura política del Estado, conforme a la cual corresponde privativamente al legislador, no a los jueces, establecer las normas que reglamenten la tutela.

#### 19. Expediente T-2259171

##### 19.1. Hechos

La señora Elena Patricia Cárdenas Díaz fue nombrada en provisionalidad en el cargo de auxiliar de enfermería de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini del municipio de El Carmen de Bolívar, mediante resolución número 042 del 10 de febrero de 2005, del cual tomó posesión el 11 del mismo mes y año.

Señala la actora que la entidad demandada en reporte enviado a la Comisión Nacional de Servicio Civil incluyó el cargo de auxiliar de enfermería para ser cubierto mediante concurso público y que dicho cargo es de carrera administrativa. Narra que el 21 de abril de 2006 se inscribió ante la Comisión Nacional de Servicio Civil para participar en la convocatoria de los cargos reportados por la E.S.E. como de carrera administrativa.

Posteriormente, a través de la resolución número 214 del 21 de julio de 2008 proferida por el Gerente (e) de la ESE Giovani Cristini, fue declarada insubstancial del cargo que venía desempeñando como auxiliar de enfermería, sin motivación del acto. Agrega que, a pesar de que se le comunicó por escrito la destitución el 21 de julio de 2008, no ha sido notificada legalmente.

Sostiene la actora que tiene un hijo menor de edad, es madre cabeza de familia y que ella y su cónyuge no disponen de otros ingresos con los cuales puedan cumplir con los compromisos adquiridos, tales como el pago de la cuota del crédito de vivienda que tienen con el Fondo Nacional del Ahorro, de los servicios públicos y de la pensión escolar de su hijo.

Por tal motivo, la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz interpone acción de tutela en contra de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al trabajo, a la integridad del núcleo familiar, a la salud, a la educación, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso. Solicita que, como medida transitoria, se ordene a la entidad accionada suspender o dejar sin efectos la resolución número 214 del 21 de julio de 2008, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa resuelva la acción contenciosa impetrada contra la resolución aludida.

#### 19.2. Intervención de la entidad demandada

El representante legal de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini dio respuesta a la acción de tutela oponiéndose a su prosperidad.

Expone que son ciertas las afirmaciones que hace la accionante sobre la clase de relación laboral, cesación de la misma, fechas y salarios devengados. Adiciona que el cargo desempeñado por la señora Cárdenas Díaz es de carrera administrativa, pero que ella no era una servidora incluida en dicha carrera, pues estuvo ligada a la entidad accionada por nombramiento en provisionalidad.

Por otra parte, indica que, por ser quien responde persona distinta a la autora jurídica de la insubstancialidad, no puede expresar el criterio de quien produjo el acto, pero que, a pesar de ello, es fácil entender que el mismo estuvo basado en las normas del régimen general contemplado en el Decreto 2400 de 1968 y su reglamentario el Decreto 1950 de 1973.

Igualmente señala que, según la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado, el empleado nombrado en provisionalidad, que desempeña un cargo de carrera, carece de la estabilidad que ésta confiere y que por lo tanto, quien está en provisionalidad puede ser removido libremente por el nominador. Por lo anterior, manifiesta que la presente acción es temeraria, toda vez que la accionante no tiene ningún fundamento para reclamar estabilidad o permanencia en el cargo, por el simple hecho de que éste pertenece a la carrera administrativa.

Finalmente, sostiene que la acción de tutela es improcedente por la siguientes razones: (i) no es el medio idóneo para resolver conflictos de índole laboral; (ii) la accionante no probó la ilegalidad del acto que la separó del cargo; (iii) no se ha demostrado la lesión de derecho fundamental alguno; y (iv) no se probó la calidad de madre cabeza de familia, ni la configuración de un perjuicio irremediable.

#### 19.3. Pruebas

- Fotocopia del acta de posesión del 11 de febrero de 2005, expedida por el Gerente de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini de El Carmen de Bolívar, en la cual consta la toma de posesión de la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz en el cargo de auxiliar de enfermería de dicha entidad (folio 7).

- Fotocopias de la constancia de inscripción al concurso y constancia de actualización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de fechas 21 de abril y 23 de agosto de 2006, respectivamente, a nombre de la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz (folio 10).

- Fotocopia de la nómina de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini del mes de octubre de 2007, en la cual consta que la señora Elena Patricia

Cárdenas Díaz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 45.645.209, devengaba para ese fecha en el cargo de auxiliar judicial un sueldo de \$ 949.786 (folios 14 a 16).

- Fotocopia de la resolución número 214 del 21 de julio de 2008, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz en el cargo de auxiliar de enfermería de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini de El Carmen de Bolívar (folio 9).

- Fotocopia de la factura de venta expedida por Telefónica Telecom, por la suma de \$ 21.330, a nombre de la señora Edith Yepez, dirección calle 27 número 45-47 del barrio Carmen de Bolívar, por concepto de servicio telefónico del periodo comprendido entre el 16 de junio al 15 de julio de 2008 (folio 24).

- Fotocopia del documento de fecha 20 de agosto de 2008, expedido por la "Administradora de la Tienda la 26 de el Carmen de Bolívar", mediante el cual se certifica que la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 45.645.209, adeuda a esa tienda, por concepto de suministro de productos para la canasta familiar y otros, la suma de \$ 666.400, según facturas de cobro que se adjuntan (folios 19 al 21).

-Fotocopia del recibo de pago expedido por el Fondo Nacional de Ahorro por la suma de \$ 281.630, a nombre de la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz por concepto del crédito No. 4564520904, correspondiente a la cuota 7 de un total de 180 y con fecha de vencimiento de 5 agosto de 2008 (folio 22).

- Fotocopia de una certificación de fecha 11 de agosto de 2008, expedida por el Colegio Nuestra Señora del Carmen, mediante la cual la Pagadora de dicha institución hace constar que la señora Elena Patricia Cárdenas adeuda al plantel educativo, por concepto de pensiones escolares de su hijo Roberto Carlos Romero Cárdenas, la suma de \$284.000 (folio 23).

- Fotocopia de la factura expedida por Surtigas, por la suma de \$21.220, a nombre de la señora Celsa Torres Ortega, dirección CO29 045 027 las Flores, por concepto de servicio de gas en el mes de agosto de 2008 (folio 25).

- Fotocopia de la factura expedida por Electricaribe, por la suma de \$61.090, a nombre del señor Feliz Pérez, dirección calle 27 No. 45-38 del Carmen de Bolívar, por concepto de servicio de luz y con fecha de vencimiento de 21 agosto de 2008 (folio 26).

- Fotocopia del registro civil de matrimonio de Elena Patricia Cárdenas Díaz y Roberto Carlos Romero Vuelvas (folio 17).

- Fotocopia del registro civil de nacimiento de Roberto Carlos Romero Cárdenas (folio 18).

#### 19.4. Sentencias objeto de revisión

Primera Instancia. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Bolívar, en providencia del 25 de noviembre de 2008, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados y declarar improcedente la acción de tutela, por considerar que, si bien es cierto la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz ha sufrido un perjuicio por la declaratoria de insubsistencia, no es menos cierto que el mismo no reúne todos los requisitos para poderse considerar como un perjuicio irremediable, por las siguientes razones: (i) el perjuicio causado puede ser restablecido plenamente por el juez administrativo que controle la legalidad del acto administrativo de desvinculación, máxime si dentro del mismo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se puede solicitar la suspensión provisional de dicho acto (artículo 152 C.C.A.) y (ii) la accionante fue declarada insubsistente del cargo de auxiliar de enfermería de la E.S.E. accionada el 21 de julio de 2008 y presentó la acción de tutela el 13 de noviembre de 2008, es decir, a los 115 días después, de lo cual se deduce que el perjuicio no tenía carácter de urgente.

Segunda instancia. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar, el cual, en sentencia del

24 de marzo de 2009, confirmó la sentencia de primera instancia.

Señala que la acción de tutela tiene carácter subsidiario y que por eso no procede cuando el accionante dispone de otro medio idóneo y eficaz para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, como ocurre en el caso bajo análisis, en el que la demandante tiene a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a menos que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Manifiesta que la actora, con mala fe para demostrar un supuesto perjuicio irremediable, aportó 3 facturas de servicios públicos que no están a nombre de ella ni de su cónyuge, el señor Roberto Romero Buelvas, y las direcciones donde se reciben los diferentes suministros no corresponden a su vivienda. De lo cual se concluye, que esas pruebas son falsas y que por lo tanto la solicitud no está llamada a prosperar.

Finalmente, asevera que tampoco se cumple con el requisito de inmediatez, si se tiene en cuenta que la accionante fue desvinculada el 21 de julio de 2008 y solo hasta el día 13 de noviembre del mismo año interpuso la acción de tutela.

20. Expediente T-2436474

#### 20.1. Hechos

El señor Oscar Arturo Escobar Torres formuló acción de tutela contra la Subsección "A" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., por considerar que esos despachos judiciales vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales y la garantía de acceso a la administración de justicia con base en los hechos que a continuación se resumen:

El accionante fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución No.1331 del 22 de abril de 2002 en el cargo de carrera de Profesional Universitario 340-15 de la Secretaría de Educación Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. y mediante Resolución No.1271 de fecha 29 de abril de 2003, su nombramiento fue declarado insustancial sin motivación alguna.

Contra el acto administrativo de insustancialidad interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue conocida y fallada desfavorablemente en primera instancia por el Juzgado Treinta Contencioso Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de noviembre de 2007 y en segunda instancia por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 28 de mayo de 2009, en la cual se confirmó el fallo de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

Sostiene el demandante que las providencias se fundamentan en los siguientes puntos: *"1. Que el cargo que ocupaba el suscrito era de carrera, pero el nombramiento se produjo en provisionalidad. // 2. Que no es cierto que el nombramiento provisional le otorgue estabilidad al empleado hasta que sea reemplazado mediante concurso, pues pueden existir razones del buen servicio que aconsejen al nominador removerlo. // 3. Que el nombramiento en provisionalidad obedece a una decisión libre del nominador y su remoción siempre que medien razones del buen servicio se justifica en igual sentido. // 4. Que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos no fue desvirtuada respecto de la Resolución controvertida."*

Según afirma, las sentencias acusadas constituyen una vía de hecho por defecto sustantivo al desconocer el precedente constitucional reiterado por la Corte Constitucional en relación con la estabilidad relativa que ampara a los empleados públicos nombrados en provisionalmente en cargos de carrera administrativa.

El demandante solicita al juez de tutela que deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A, el 28 de mayo de 2009, y se ordene proferir una nueva sentencia en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la demanda de tutela y se acceda a la nulidad de la Resolución No. 1271 del 29 de abril de 2003 proferida por la Secretaría de

Educación Distrital y el restablecimiento del derecho, de conformidad con los precedentes constitucionales establecidos en las sentencias T-884 de 2002, T-1206 de 2004, T-222 de 2005, T-292 de 2005, T-660 de 2005 y T-410 de 2007.

#### 20.2. Trámite procesal

Mediante auto del 14 de julio de 2009, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A" admitió la demanda de tutela y ordenó su notificación a los magistrados de la Subsección "A" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al Juez 30 Administrativo del Circuito de Bogotá como demandados y a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación de Bogotá como terceros interesados. La entidad vinculada guardó silencio frente a la protección invocada por el actor.

#### 20.3. Intervención de las autoridades demandada

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La Magistrada Ponente de la sentencia proferida el 28 de mayo de 2009 por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito en el que afirmó que la acción es improcedente contra sentencias judiciales, en tanto que contraviene el principio de autonomía e independencia funcional de los jueces de la República.

Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá. El Juzgado accionado solicitó declarar improcedente la acción al no encontrar que en la providencia cuestionada se haya incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, ni tampoco en una vía de hecho por defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional, puesto que el actor no demostró que las citas jurisprudenciales incorporadas en las sentencias atacadas sean ilegítimas por desconocimiento, desobediencia o renuencia frente a la jurisprudencia. Considera que el actor se equivoca al afirmar en su demanda que la vía de hecho por defecto sustancial se configura por el desconocimiento del precedente, cuando en realidad se refiere a una norma claramente inaplicable.

#### 20.4. Pruebas

- Fotocopia del fallo dictado por el Juzgado Treinta Administrativo del Circulo de Bogotá, el 8 de noviembre de 2007, en el cual se negaron las suplicas de la demanda en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso contra el acto administrativo que dictó la Secretaría de Educación Distrital mediante el cual declaró la insubsistencia del actor (folios 9 al 27).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 28 de mayo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección A, en la cual se confirmó la decisión del Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá (folios 29 a 49).

- Fotocopia del salvamento de voto presentado por el Magistrado José María Armenta Fuentes respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección "A", dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso el accionante contra la Secretaría de Educación Distrital por la desvinculación de la entidad (folios 95 al 97 ib.).

#### 20.5. Sentencia objeto de revisión

Fallo de única instancia. El 30 de julio de 2009, la Subsección "A", Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolvió rechazar por improcedente la tutela interpuesta por el señor Oscar Arturo Escobar Torres, al considerar que las sentencias cuestionadas no contrariaron el ordenamiento vigente, ni constituyen declaraciones arbitrarias ni autoritarias en desmedro de los derechos fundamentales del actor. Por el contrario, las providencias se sustentaron en pruebas legítimamente recaudadas durante el proceso, bajo las normas aplicables al caso y con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, según la cual en tanto el actor no accedió al cargo mediante concurso de mérito, su nombramiento era provisional y por tanto el nominador tenía la facultad constitucional y legal de removerlo libremente para el mejoramiento del servicio.

21. Expediente T-2442394

#### 21.1. Hechos

El señor José Ignacio Pineda Palencia mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela contra la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Sucre, al considerar que ese despacho judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, igualdad, a la estabilidad laboral y a la vida con base en los hechos que a continuación se resumen:

El accionante fue nombrado inicialmente mediante Resolución No. 014 del 13 de marzo de 2000 en el cargo de Registrador Municipal 4035 - 14 de Galeras. Con ocasión de la reestructuración de la entidad, se le efectuó nombramiento en provisionalidad por el término de 8 meses como Registrador Municipal 4035 - 16 de Sincé. Mediante Resolución No. 113 de octubre 15 de 2003 se realiza nombramiento en provisionalidad como registrador municipal 4035-05 en San Antonio de Palmito. Posteriormente, mediante Resolución No. 138 de 5 de enero de 2003, se nombra en provisionalidad para la Registraduría de Sincé. Según constancia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, Delegación Departamental de Sucre, fue funcionario de esa entidad en provisionalidad y al momento del retiro desempeñaba el cargo de Registrador 4035 -05 del Municipio de San Benito de Abad.

Mediante Resolución No. 057 del 9 de junio de 2004, los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la Circunscripción Electoral de Sucre dieron *“por terminado el nombramiento Provisional”* del accionante en el cargo de Registrador Municipal 4035-05, a partir del 11 de junio de 2004, sin tener en cuenta el rendimiento y la calidad del servicio prestado, tal como lo contempla la resolución de su nombramiento.

Contra el mencionado acto administrativo interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que con la insubsistencia de su cargo los Registradores Delegados Departamentales de la Registraduría Nacional incurrieron en desviación del poder que genera nulidad del acto administrativo a la luz del ordenamiento administrativo. El proceso cursó en primera instancia ante el Juzgado Segundo Administrativo de Sincelejo que en sentencia del 7 de mayo de 2008 le fue favorable al declarar la nulidad del acto administrativo de remoción por falta de motivación, con fundamento en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que indica que el acto de desvinculación de una persona que ocupe un cargo de carrera debe ser motivado so pena de desviación de poder y de configurar causal autónoma de nulidad del acto administrativo inmotivado.

En segunda instancia el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia proferida el 12 de mayo de 2009 revocó la decisión por considerar que el juez de primera instancia desbordó el poder de interpretación de la demanda, en la medida en que los argumentos en que sustentó el fallo no recaen sobre la desviación de poder alegada por el demandante, sino en la ausencia de motivación como causal de anulación del acto, tema que no fue planteado en la demanda.

El demandante solicita al juez de tutela que deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre por haber incurrido en una vía de hecho por defecto sustantivo al desconocer la fuerza vinculante de las sentencia expedidas por la Corte Constitucional en especial la jurisprudencia relacionada con la obligación de motivar los actos administrativos.

#### 21.2. Trámite procesal

Mediante auto del 1º de junio de 2009, el Consejo de Estado admitió la solicitud de tutela y ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Sucre y a la Registraduría Nacional del Estado Civil en calidad de tercero interesado. La Corporación demandada guardó silencio frente a las pretensiones de la demanda.

#### 21.3. Intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil como tercero interesado

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito en el que solicitó declarar la improcedencia de la acción por estar demostrado que ni el Tribunal accionado ni la entidad que representa han realizado acción u omisión que vulnere o ponga en peligro los derechos fundamentales invocados por el actor. Afirma que la sentencia que puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho hizo tránsito a cosa juzgada y por consiguiente es inimpugnable e inmutable para preservar el principio de la seguridad jurídica. Adicionalmente sostiene que el accionante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable ni la configuración de uno de los defectos que hagan procedente la acción de tutela contra providencia judicial.

#### 21.4. Pruebas

- Fotocopia de la Resolución No. 057 del 9 de junio de 2004, por medio de la cual los Delegados de la Registradora Nacional del Estado Civil en la Circunscripción Electoral de Sucre, dieron por terminado a partir del 11 de junio de 2004 el nombramiento provisional del señor José Ignacio Pineda Palencia, en el cargo de Registrador Municipal 4035-05 de San Benito Abad (folio 10).

- Fotocopia del oficio No. 630 del 9 de junio de 2004, mediante el cual los Delegados de la Registradora Nacional del Estado Civil en el Departamento de Sucre, le comunican al accionante que mediante Resolución No.057 de 9 de junio de 2004, le fue dada por terminada su provisionalidad en el cargo de Registrador Municipal 4035-05 de San Benito Abad, a partir del 11 de junio de 2004 (folio 11)

- Fotocopia de la certificación expedida el 28 de septiembre de 2004 por los Delegados de la Registradora Nacional del Estado Civil en el Departamento de Sucre, en la que consta que el señor José Ignacio Pineda Palencia fue funcionario desde el 5 de abril de 2001 hasta el 10 de junio de 2004 en provisionalidad y que al momento del retiro desempeñaba el cargo de Registrador 4035-05 del Municipio de San Benito Abad (folio 12).

-Fotocopia del fallo dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el 7 de mayo de 2008, en el cual se declaró la nulidad de la Resolución No. 057 de junio 9 de 2004, que da por terminado el nombramiento del señor José Ignacio Pineda Palencia. (folios 13 al 26).

- Fotocopia de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala de Decisión No. 1, mediante la cual se revocó la decisión del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo (folios 27 a 35).

- Fotocopia del salvamento de voto presentado por la Magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez respecto de la sentencia proferida el 18 de junio de 2009, por la Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro de la presente acción de tutela (folios 81 a 83).

#### 21.5. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. El 18 de junio de 2009, la Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolvió negar por improcedente el amparo solicitado por el señor José Ignacio Pineda Palencia, al considerar que si bien se reúnen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, no se evidencia el defecto de fondo alegado por la parte demandante consistente en contrariar el precedente desarrollado por la Corte Constitucional. La providencia cuestionada se ajustó a la jurisprudencia contenciosa administrativa, según la cual, el acto de desvinculación de un cargo que se desempeña en provisionalidad no requieren de motivación como lo sostiene la Corte Constitucional. Lo anterior por cuanto, los funcionarios provisionales los rodea un doble falso de "inestabilidad", ya que pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento y, sin motivar la decisión por no pertenecer a la carrera administrativa y adicionalmente, pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso. En consecuencia, en sede de tutela, el fallador no puede desconocer la jurisprudencia que la misma Sala ha proferido como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, encontró que la providencia cuestionada se ajustó a los principios de imparcialidad del Juez, es legítima y no vulnera los derechos fundamentales invocados por el accionante, pues su decisión se fundamentó en que el Juez de primera instancia desbordó el poder de interpretación de la demanda, fallando por fuera de las pretensiones de la demanda.

La Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez salvo el voto, al considerar que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales, atendiendo el principio de la seguridad jurídica y respeto al debido proceso, afirma que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones y por ende sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables. Por consiguiente, no se puede pretender que por vía de tutela se controlen las sentencias judiciales que ponen término a un proceso, pues la acción fue instituida como mecanismo subsidiario y residual y no como una instancia para el accionante que resultó vencido en un proceso judicial.

Segunda instancia. Impugnada la anterior decisión, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 19 de agosto de 2009, revocó la providencia y en su lugar rechazó por improcedente el amparo solicitado. Considera que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales por las siguientes razones: (i) el artículo aprobado por la Constituyente no previó la tutela contra providencias, pues consideró que no se trataba de crear una instancia adicional o un recurso extraordinario al cual pudieran apelar todos aquellos que resultaran derrotados en los procesos judiciales o administrativos ya concluidos; (ii) la Corte Constitucional, en Sentencia C-543 de 1992, declaró inexcusables los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591, relacionados con la tutela contra providencias judiciales; por lo tanto, son equivocadas las consideraciones realizadas por la Corte con posterioridad, pues ninguna autoridad, ni siquiera la Corte, puede reproducir el contenido material de una norma declarada inexcusable; (iii) la tutela, tal como está estructurada en Colombia, no es una instancia adicional, ni un recurso extraordinario, como el "*amparo que existe en otros países para unificar la jurisprudencia de las Cortes y que, contrario a la tutela, presupone necesariamente la existencia de una decisión judicial*"; (iv) cuando se concede la acción de tutela la protección consiste en una orden "*y la Administración de Justicia, por mandato constitucional (artículo 228 ibidem) es autónoma, independiente y desconcentrada, de suerte que por vía de tutela un juez no puede ordenar a otro que falle de determinada forma*"; (v) aceptar la tutela contra providencias judiciales implicaría permitir que se releve al juez a quien ha sido asignada competencia por la Constitución y la ley, para que los sujetos terminen siendo juzgados por jueces "*de excepción*", vulnerando por esa vía derechos fundamentales como el debido proceso.

22. Expediente T- 2482380

#### 22.1. Hechos

El señor Santiago Rocha Zarta interpone acción de tutela contra las decisiones judiciales proferidas por el Juzgado 8 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección A, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al estimar que éstas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley.

Manifiesta que presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual correspondió al Juzgado 8 Administrativo del Circuito de Bogotá, en contra de la Resolución No. 001 del 22 de febrero de 1999, mediante la cual la Subsección C, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró insubsistente el nombramiento que venía desempeñando desde el 9 de agosto de 1990 en provisionalidad en el cargo de carrera de Escribiente grado 7, sin que la misma hubiera sido motivada.

Explica que el juzgado denegó sus pretensiones mediante sentencia del 20 de febrero de 2008, con el argumento de que la autoridad nominadora puede ejercer la facultad discrecional de retirar a quienes ejercen un cargo en provisionalidad mientras no exista lista de elegibles, siempre que no ofrezca suficientes garantías de prestación del buen servicio. El personal nombrado en provisionalidad no goza de la misma estabilidad de quienes han accedido a los cargos mediante el sistema de concurso de méritos y, por tanto, puede ser removido en cualquier momento como aquellos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, sin que sea viable alegarse desviación de poder, puesto que dichas normas no le son aplicables. La Subsección A, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmó por las mismas razones la decisión del juez de primera instancia mediante fallo proferido el 26 de marzo de 2009.

Alega el demandante que las conclusiones de estas providencias van en contravía de la ley y desconocen los precedentes jurisprudenciales y constitucionales que prevén que si bien los cargos desempeñados en provisionalidad no son una garantía de permanencia en los mismos toda vez que pueden ser retirados en cualquier momento, el acto administrativo que toma la decisión de ser motivado debidamente. Cita apartes de varias sentencias de la Corte Constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo, para sustentar la vulneración de los precedentes jurisprudenciales y del derecho a la igualdad.

## 22.2. Trámite procesal

El actor presentó el día 2 de julio de 2009 la demanda de tutela directamente ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Mediante auto de julio 7 de 2009, ese Despacho ordenó enviar el asunto al Consejo de Estado por ser competente para conocer de la acción de tutela, al considerar que existiría una manipulación grosera de las reglas de competencia establecidas en el Decreto 1382 de 2008 y en la interpretación que de sus normas ha realizado la Corte Constitucional en autos 124 y 198 de 2009 de no remitirse la tutela al superior funcional de la autoridad judicial accionada. Mediante auto del 15 de julio de 2009, la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó ponerla en conocimiento de las autoridades judiciales demandadas para que rindieran informe y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que hicieran las manifestaciones pertinentes. Las dos últimas entidades mencionadas guardaron silencio sobre los hechos de la demanda.

## 22.3. Intervención de las entidades demandadas

Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá. En el escrito de contestación a la acción de tutela, el juez accionado solicita sean denegadas las pretensiones de la demanda puesto que en su criterio la providencia cuestionada no ha incurrido en ningún error de interpretación. Por el contrario, el fallo se encuentra sustentado jurídicamente en las normas vigentes, en cada una de las pruebas que se recaudaron y en la jurisprudencia del Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Fue realizada dentro de los criterios de razonabilidad y motivación y no concurre ninguna de las causales de procedibilidad de la acción contra sentencia judicial trazadas por la Corte Constitucional, otra cosa es que el actor no esté de acuerdo con las consideraciones allí expuestas sobre cada uno de los cargos endilgados.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda. La magistrada ponente de la sentencia cuestionada, se pronunció sobre el amparo constitucional mediante escrito en el que afirma que de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional la acción de tutela contra providencias judiciales resulta improcedente toda vez que contraviene el principio de autonomía e independencia funcional de los jueces.

## 22.4. Pruebas

- Fotocopia de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Administrativo del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2008, la cual denegó las pretensiones de la demanda dentro del trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Santiago Rocha Zarta contra la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (folios 1 al 9).

- Fotocopia del fallo de la Subsección "A" Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 26 de marzo de 2009, mediante el cual se confirma la decisión del Juzgado 8 Administrativo del Circuito de Bogotá (folios 10 al 24).

- Fotocopia del salvamento de voto presentado por la Magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez respecto de la sentencia proferida el 6 de agosto de 2009 por la Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro de la presente acción de tutela (folios 102 a 104).

## 22.5. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. La Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante fallo del 6 de agosto de 2009, negó la acción de tutela presentada al considerar que este mecanismo constitucional no puede constituirse en una instancia en la que se sometan a debate aspectos que le son propios de definir al juez ordinario y no al juez constitucional. Precisa que en su carácter de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo unificó su posición frente al retiro en provisionalidad de los servidores de la Rama Judicial mediante sentencia en la que sostiene que: (i) el empleado nombrado en provisionalidad no se asimila en sus derechos al que ocupa un cargo de carrera por no haber accedido a éste mediante el respectivo concurso de mérito y tampoco puede equipararse al empleado de libre nombramiento por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera; (ii) el servidor público nombrado en provisionalidad le rodea una doble "inestabilidad", toda vez que puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador y además puede ser

desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo; (iii) el hecho de que un cargo de carrera se provea con nombramiento en provisionalidad, no implica que quien ocupa el cargo quede sometido a las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso la ley; y (iv) no siendo común que las autoridades administrativas al ejercer las facultades discrecionales expliquen el motivo de su decisión, la omisión en tal sentido no se erige como causal de invalidación del acto, por cuanto no contraría precepto legal que imponga esa obligación.

Por otra parte, estima el juez constitucional que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto que, en uso de la facultad discrecional, declara terminada la relación laboral está obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición. Adicionalmente, sostiene que la autonomía judicial envuelve el respeto por el principio de independencia de los jueces para interpretar el ordenamiento jurídico y por ello no constituye una vía de hecho la decisión que de forma razonada exponga los argumentos que sustenten la decisión.

Por lo anterior, sostiene que en las sentencias cuestionadas por vía de tutela no se evidencia los supuestos que se alegan como constitutivos de una vía de hecho que pudiera vulnerar los derechos fundamentales invocados por el actor, puesto que el juez de primera instancia utilizó criterios de interpretación normativa válidos y razonables. Explicó, de forma consecuente con lo decidido, la razón por la que consideró que los servidores públicos de la Rama Judicial nombrados en provisionalidad no los ampara el fuero de estabilidad y luego de una valoración probatoria juiciosa concluyó que el acto de remoción no adolecía de indebida motivación o de desviación de poder. Lo mismo hizo el Tribunal Administrativo al invocar como precedente lo expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

La Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez salvó el voto, al considerar que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales, atendiendo el principio de la seguridad jurídica y respeto al debido proceso. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones y por ende sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables. Por consiguiente, no se puede pretender que por vía de tutela se controlen las sentencias judiciales que ponen término a un proceso, pues la acción fue instituida como mecanismo subsidiario y residual y no como una instancia para el accionante que resultó vencido en un proceso judicial.

Segunda instancia. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia del 30 de septiembre de 2009, revocó el fallo del *a quo*, al considerar que la acción de tutela contra providencias judiciales no es procedente puesto que:

(i) no es admisible que por un procedimiento sumario, como el de esta acción, se invalide actuaciones surtidas en un proceso judicial, pues con ello se vulnera el derecho al debido proceso, se quebranta el principio de autonomía e independencia del juzgador y se desconocen los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y el de desconcentración de la administración de justicia, consagrados en el artículo 228 de la Carta Política; (ii) no puede decirse que la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente con el argumento de que así lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, puesto que fue precisamente la Corte Constitucional la que mediante sentencia C-543 de 1992 declaró inexistentes los artículos del Decreto 2591 de 1991 que establecían la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales; (iii) la acción no procede ni cuando se argumente que la decisión judicial configura una vía de hecho o que el juez ha cometido errores protuberantes o groseros, puestos que tales calificaciones se traducen en criterios subjetivos que dependen en cada caso del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro; y (iv) la procedencia del mecanismo constitucional en estos eventos, requiere de norma constitucional expresa y supone además una regulación normativa, de lo contrario no es admisible por impertinente y extraña a nuestro ordenamiento jurídico.

23. Expediente T-2482383

#### 23.1. Hechos

El señor Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga interpone acción de tutela contra la decisión judicial proferida por la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Bolívar, al estimar que éste vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica.

El actor afirma que se vinculó en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución No. 0-1574 del 30 de junio de 1995 en el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del CTI de Popayán. Indica que al momento del retiro desempeñaba el cargo de

Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del CTI de Cartagena y luego de prestar sus servicios en forma ininterrumpida, mediante resolución número 0-1998 del 21 de diciembre de 2001 proferida por el Fiscal General de la Nación, fue declarado insubsistente por la Fiscalía del cargo que desempeñaba a partir del 27 del mismo mes y año, sin ningún pronunciamiento sobre las motivaciones de esta resolución.

El actor demandó la nulidad del acto de insubsistencia y su reintegro sin solución de continuidad. Demanda que correspondió por reparto al Juzgado 6 Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, el cual, mediante sentencia de diciembre 19 de 2007, definió la controversia, declarando la nulidad del acto de insubsistencia y ordenando el reintegro del actor sin solución de continuidad. Dice que, impugnada esa decisión por la Fiscalía General de la Nación, el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la sentencia de fecha octubre 25 de 2009 revocó la decisión de primera instancia y denegó las pretensiones de la demanda.

Explica que el Tribunal accionado revocó la decisión del a quo al encontrar que el actor no probó que el acto demandado hubiera incurrido en una desviación de poder que permitiera vislumbrar una finalidad contraria a la moralidad administrativa o al derecho. Adicionalmente, con fundamento en la jurisprudencia reiterada contenciosa administrativa, consideró que el hecho de que la accionante estuviera ocupando un cargo de carrera pero en situación de provisionalidad, no garantizaba una estabilidad indefinida y por tanto la entidad demandada no estaba obligada a motivar el acto de insubsistencia.

Estima que la autoridad judicial demandada ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por haber desconocido el precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional, que indica que el acto administrativo por medio del cual se desvincula una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado.

Por lo anterior, solicita se deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y se le dé pleno valor a la sentencia del Juzgado 6 Administrativo del Circuito de Cartagena.

### 23.2. Trámite procesal

Mediante auto del 27 de julio de 2009, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta admitió la solicitud de tutela y ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar y a la Fiscalía General de la Nación en calidad de tercero interesado.

### 23.3. Intervención de la entidad demandada

La Magistrada Ponente de la sentencia cuestionada del Tribunal Administrativo de Bolívar señala que la acción es improcedente porque la decisión no obedece a la voluntad subjetiva del Tribunal, sino a la aplicación de la ley y se encuentra conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y del mismo Tribunal, en aras de garantizar el principio de equidad. Expone que los pronunciamientos de la Corte Constitucional en asuntos similares al presente caso, no constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios puesto que los argumentos expuestos en tales providencias tienen efectos obligatorios inter partes, pero no el alcance *erga omnes* de las sentencias proferidas en ejercicio del control de constitucionalidad.

### 23.4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación, como tercero interesado

La Fiscalía General de la Nación manifiesta que en el presente caso el actor pretende imponer su criterio hermenéutico desconociendo la labor apegada al ordenamiento jurídico efectuada por el juez ordinario, queriendo de esta forma crear una instancia judicial adicional en el trámite del proceso ordinario. Agrega que con el actuar jurisdiccional no se ha vulnerado al demandante ningún derecho fundamental, pues, por el contrario, éste ha ejercitado sus derechos de contradicción, defensa y el asunto ha sido conocido y resuelto por la instancia judicial competente.

### 23.5. Pruebas

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el accionante en abril 26 de 2002 (folios 44 a 51).
- Fotocopia de la resolución número 0-1574 de junio 30 de 1995, por medio de la cual se nombra en provisionalidad al señor Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga en el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Popayán (folios 52 y 53).
- Fotocopia de la resolución número 0-1998 de diciembre 21 de 2001, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del CTI de Cartagena (folio 54).
- Fotocopia de la sentencia de fecha diciembre 19 de 2007, proferida por el Juzgado 6 Administrativo del Circuito de Cartagena (folios 60 a 76).
- Fotocopia de la sentencia de fecha junio 25 de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar (folios 78 a 96).

### 23.6. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. En sentencia del 6 de agosto de 2009, la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado rechazó la tutela presentada por el señor Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga, al considerar que el ejercicio de la acción de tutela contra providencia judicial ha sido rechazado por esa Corporación, habida consideración de que:

(i) siempre se configura la causal de improcedencia prevista en el inciso 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que se refiere a la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, puesto que precisamente el proceso dentro del cual fue proferida la sentencia judicial cuestionada constituye el otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al que acudió el interesado y que fue decidido por el juez competente; (ii) de aceptarse la acción de tutela como mecanismo útil para dejar sin efectos las providencias judiciales, se iría en contravía de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992 que declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que permitían su ejercicio para tales efectos; (iii) las sentencias judiciales no pueden controvertirse dentro de un procedimiento breve y sumario como lo es el de la acción de tutela por la autonomía que respalda a los jueces que los profieren y por la vigencia de los procedimientos judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico para controvertirlas; (iv) de aceptar su procedencia se desconocen los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia y autonomía de las autoridades judiciales.

Segunda instancia. Apelada la decisión judicial por el demandante, mediante fallo del 15 de octubre de 2009 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar denegó la tutela solicitada, al considerar que en el caso bajo estudio no se presenta una situación excepcional que dé lugar a conceder el amparo solicitado.

### 24. Expediente T-2482404

#### 24.1. Hechos

El señor Pablo Alberto Villaveces Gelves interpone acción de tutela contra la decisión judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, al estimar que ese despacho Judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

Mediante Resolución No. CTPJ-187 del 12 de abril de 1989 se vinculó en provisionalidad al Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, en el cargo de Agente Investigador Grado 06, del cual tomó posesión el 24 de abril de 1989 y mediante Resolución No. CTPJ-0057 del 17 de enero de 1990 fue nombrado en propiedad en la misma dependencia en el cargo de Agente Especial Grado 11, del cual tomó posesión el 1º de febrero de 1990. Posteriormente, mediante Resolución No. 018 del 30 de junio de 1992, se incorporó a la planta de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Investigador del CTI Grado 08, del cual tomó posesión el 1º de julio en Cali. Al momento

del retiro desempeñaba el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del CTI de Bucaramanga.

Según resolución número 0-2130 del 16 de noviembre de 2000, proferida por el Fiscal General de la Nación, fue declarado insubsistente del cargo que desempeñaba a partir del 27 del mismo mes y año, sin ningún pronunciamiento sobre las motivaciones de esta resolución.

El actor demandó la nulidad del acto de insubsistencia y su reintegro sin solución de continuidad. Demanda que correspondió por reparto al Juzgado 2 Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, el cual, mediante sentencia de junio 29 de 2007, definió la controversia, declarando la nulidad del acto de insubsistencia y ordenando el reintegro del actor sin solución de continuidad. Dice que, impugnada esa decisión por la Fiscalía General de la Nación, el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la sentencia de fecha marzo 26 de 2009 revocó la decisión de primera instancia y denegó las pretensiones de la demanda.

Explica que el Juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que si bien es cierto que la declaratoria de insubsistencia se expidió con fundamento en la facultad discrecional por tratarse de un funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, es evidente la desviación de poder en tanto que dicha orden se profirió con base en circunstancias diferente al mejoramiento del servicio, como fueron las investigaciones penales y disciplinarias que cursaban en contra del actor por esa misma época. Por su parte el Tribunal accionado revocó la decisión del a quo al encontrar que: (i) los argumentos del fallador no son suficientes para asegurar que el acto demandado está viciado de desviación de poder; (ii) en razón a que el acto administrativo demandado no fue motivado se presume que fue expedido en busca de la mejoría del servicio; (iii) la presunción de mejoría del servicio inherente al acto administrativo demandado desvirtúa la desviación de poder alegada, la cual no se prueba con las investigaciones que cursaban en contra del demandante; y (iv) las investigaciones no le concedían fueron de inamovilidad hasta que fueran falladas, pues se trata de un funcionario de libre nombramiento y remoción, respecto del cual la entidad puede usar la facultad discrecional en cualquier momento.

Sostiene que la sentencia demandada incurre en un defecto sustantivo, orgánico y procedural por cuanto incurre en un error grave de interpretación y aplicación indebida de las normas, puesto que no corresponden a su real situación de empleado en provisionalidad que ostentaba al ocupar un cargo de carrera y no de libre nombramiento y remoción como lo indicó equivocadamente el Tribunal. Adicionalmente estima que la acción es procedente contra la providencia judicial cuestionada, en virtud de que desconoció el precedente constitucional relacionado con la necesidad de motivar el acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

Por lo anterior solicita el demandante que se declare la nulidad del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Santander y se ordene proferir una nueva decisión en la que se reconozca su calidad de empleado en provisionalidad que ejercía un cargo de carrera, razón por la que el acto de insubsistencia debía ser motivado.

#### 24.2. Trámite procesal

Mediante auto del 15 de mayo de 2009, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A admitió la solicitud de tutela y ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Santander.

#### 24.3. Intervención de la entidad demandada.

Uno de los magistrados del Tribunal Administrativo de Santander solicita rechazar por improcedente la acción de tutela al considerar que la decisión judicial debatida se encuentra ajustada al contenido normativo aplicable, sigue una extensa y continua línea jurisprudencia sobre la materia, no es arbitraria puesto que se encuentra debidamente justificada y garantiza los postulados constitucionales y adicionalmente no incurre en una vía de hecho por ninguno de los defectos señalados por vía jurisprudencial.

#### 24.4. Pruebas

- Fotocopia de la resolución número CTPJ-187 de abril 12 de 1989, por medio de la cual se nombra en provisionalidad al señor Pablo Alberto Villaveces Gelves en el cargo de Agente Investigador Grado 06 de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal (folios 19 y 21).

- Fotocopia de la resolución número CTPJ-0057 de enero 17 de 1990, por medio de la cual se nombra en propiedad al señor Pablo Alberto Villaveces Gelves en el cargo de Agente Investigador Grado 11 de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal (folios 23 y 25).

- Fotocopia de la resolución número 018 de junio 30 de 1992, por medio de la cual se incorporó en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación al señor Pablo Alberto Villaveces Gelves en el cargo de Investigador del CTI Grado 8 de la Directora Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali (folio 27).

- Fotocopia de la resolución número 0-2130 de noviembre 16 de 2000, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del CTI de Bucaramanga. (folio 30).

- Fotocopia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el accionante (folios 31 a 45).

- Fotocopia de la sentencia de fecha diciembre 29 de junio de 2007, proferida por el Juzgado 2 Administrativo del Circuito de Bucaramanga (folios 46 a 63).

- Fotocopia de la sentencia de fecha marzo 26 de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander (folios 70 a 80).

#### 24.5. Sentencias objeto de revisión

Primera instancia. En sentencia del 2 de julio de 2009, la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado rechazó por improcedente la tutela presentada por el señor Pablo Alberto Villaveces Gelves, al considerar que el actor agotó todos los medios ordinarios que la ley le otorga para la protección de sus derechos sin que se le negara el acceso a ninguno de ellos. Estima que la providencia cuestionada se basó en unas consideraciones que dejó claramente explicadas. La acción no puede convertirse en una instancia más a la que pueda recurrir para controvertir unos argumentos que no le favorecen al actor, puesto que de permitir tal posibilidad se desnaturaliza la acción de tutela como mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando los existentes no resulten eficaces, circunstancia que no se presenta en el presente caso.

Segunda instancia. Apelada la decisión judicial por el demandante, mediante fallo del 30 de septiembre de 2009 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolvió confirmar el fallo de primera instancia. Reitero el fallador las consideraciones ya expuestas en anteriores fallos, según las cuales la acción de tutela contra providencias judiciales no es procedente puesto que: (i) no es admisible que por un procedimiento sumario, como el de esta acción, se invalide actuaciones surtidas en un proceso judicial, pues con ello se vulnera el derecho al debido proceso, se quebranta el principio de autonomía e independencia del juzgador y se desconocen los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y el de desconcentración de la administración de justicia, consagrados en el artículo 228 de la Carta Política; (ii) no puede decirse que la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente con el argumento de que así lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, puesto que fue precisamente la Corte Constitucional la que mediante sentencia C-543 de 1992 declaró inexequibles los artículos del Decreto 2591 de 1991 que establecían la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales; (iii) la acción no procede ni cuando se argumente que la decisión judicial configura una vía de hecho o que el juez ha cometido errores protuberantes o groseros, puesto que tales calificaciones se traducen en criterios subjetivos que dependen en cada caso del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro; y (iv) la procedencia del mecanismo constitucional en estos eventos, requiere de norma constitucional expresa y supone además una regulación normativa, de lo contrario no es admisible por impertinente y extraña a nuestro ordenamiento jurídico.

#### II. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

1. Por auto del 15 de marzo de 2010, el Magistrado Sustanciador dispuso ordenar de manera oficiosa la vinculación de la Fiscalía General de la Nación en los expedientes T-2123871 (Diana Yolima Niño Avendaño), T-2123824 (Gloria María Arias Arboleda), T-2155221 (Juan de Dios Pinto Seija), T-2188408 (Abel Antonio Piñeres Mejía), T-2190768 (Libardo de Jesús Mora Medina), T-2210469 (César Augusto Hernández Aguirre) y T-2482404 (Pablo Alberto Villaveces Gelves), para que se pronunciara acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantean las aludidas acciones de tutela. En la misma providencia dispuso la vinculación del Departamento Nacional de Planeación, dentro del expediente T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón), según lo dispuesto por los Decretos 149 de 2004 y 71 de 2005, que ordenaron la supresión y liquidación de la Comisión Nacional de Regalías.

2. En escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 5 de abril de 2010, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta a los requerimientos efectuados por esta Corporación, para solicitar se aplique en estos casos particulares la postura argumentativa expuesta en pronunciamientos reiterados por la Corte Constitucional, según la cual las diferentes tendencias interpretativas del juez hacen parte de la autonomía que tiene para proferir sus decisiones y por tanto, las interpretaciones no compartidas por las partes procesales no puede ser estimadas como una vía de hecho. En los casos sometidos a control concreto de constitucionalidad, no puede afirmarse que se haya incurrido en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela si se parte del hecho de que la postura asumida por el Consejo de Estado como tribunal límite de la jurisdicción contenciosa administrativa y que comparte plenamente la entidad, descansa en una interpretación razonable del artículo 125 del ordenamiento superior, según la cual la circunstancia de ocupar en provisionalidad un cargo de carrera no le otorga al funcionario estabilidad laboral alguna y en tal virtud su retiro puede hacerse inmotivadamente.

3. Mediante escrito recibido en Secretaría General de esta Corporación el 8 de abril de 2010, el apoderado especial del Departamento Nacional de Planeación dio respuesta al requerimiento efectuado por esta Corporación en el que formuló incidente de nulidad del procedimiento adelantado en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Jesús Manuel López Celedón contra el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que la notificación a la entidad no se adelantó en debida forma.

Al respecto, señaló que la entidad que representa no fue notificada de la admisión y trámite de la acción de tutela, ni tampoco de las decisiones adoptadas en primera instancia por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y en segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura, siendo que el resultado del trámite le interesaba a su representada, quien por tal causa no pudo hacer uso del derecho de contradicción y defensa. Por el contrario, desde el inicio de la acción de tutela se ordenó la notificación a la Comisión Nacional de Regalías, desconociendo que de conformidad con lo establecido en los Decretos 149 de 2004 y 71 de 2005, tal entidad fue suprimida y liquidada, asumiendo sus funciones el Departamento Nacional de Planeación.

Con apoyo en varias sentencias de la Corte Constitucional, afirmó que la vinculación de un tercero interesado en el trámite de la acción de tutela, no se constituye en un simple formalismo de citación, sino que es una oportunidad para participar activamente en el trámite del proceso y poder ejercer los derechos que le corresponden.

Estimó que la decisión adoptada por esta Corporación mediante el auto del 15 de marzo de 2010, en el que se ordenó poner en conocimiento del DNP el expediente contentivo de la tutela para que se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico, no suple la vinculación efectiva de su representada para el efecto de garantizar su derecho de contradicción y de defensa, puesto que la entidad no tuvo la oportunidad de hacerse parte, contestar la demanda, solicitar pruebas y ejercer los recursos pertinentes previstos en la normatividad, ni mucho menos, garantiza el ejercicio de la doble instancia, toda vez que en la práctica la acción se convertiría en un proceso de única instancia, lo cual sería vulnerador de sus derechos fundamentales el procedimiento de la acción de tutela.

Sostuvo que la falta de notificación se evidencia claramente en el expediente, puesto que si bien, mediante auto del 25 de junio de 2008 por medio del cual se admitió la tutela, el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria ordenó la notificación de manera equivocada la Comisión Nacional de Regalías, desconociendo el hecho público de que para esa fecha esa entidad ya estaba liquidada y suprimida y las funciones habían sido asumidas por el DNP. Así entonces, el Consejo Seccional notifica a una persona inexistente y no a su sucesor, lo cual constituye una flagrante vulneración del derecho al debido proceso que hace viable la declaratoria de nulidad del proceso de tutela en donde es accionante Jesús Manuel López Celedón, desde el auto admisorio de la demanda de tutela.

Por lo anterior, solicitó se declare la nulidad del proceso de tutela desde el auto admisorio de la demanda, para que se ordene vincular y notificar en legal forma al Departamento Nacional de Planeación y se inicie el trámite de la acción como corresponde.

4. Una vez puesto en conocimiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional el incidente de nulidad propuesto por el Departamento Nacional de Planeación, en aplicación de los principios de eficacia, celeridad y economía procesal que rigen el trámite de la acción de tutela y con el fin de evitar la dilación del mismo, en sesión del 4 de agosto de 2010 la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió denegar la solicitud de nulidad presentada y en su lugar tener por vinculado al proceso al Departamento Nacional de Planeación para continuar con el trámite de revisión que es de conocimiento de la Sala Plena de esta Corporación por la importancia jurídica del asunto. La Corte también tuvo en cuenta que el expediente se encuentra en sede de revisión y no de instancia; además, consideró que al encontrarse acumulado con otros asuntos para efecto de unificación de jurisprudencia, se hace necesario evitar mayores dilaciones atendiendo los intereses y derechos constitucionales involucrados.

5. En cumplimiento de la anterior decisión, mediante auto del 26 de agosto de 2010, el magistrado sustanciador resolvió denegar la solicitud de nulidad y disponer que para garantizar a cabalidad el derecho de contradicción y de defensa, en su condición de tercero con interés legítimo en el resultado del trámite de la presente acción de tutela, se permitiera al Departamento Nacional de Planeación pronunciarse sobre el contenido del expediente T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón), en especial en relación con las pretensiones, medios de prueba y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela, para lo cual podía suministrar la información que considerara pertinente y allegar los documentos que soportara la respuesta.

6. En escrito radicado el 6 de septiembre de 2010 en la Secretaría de la Corte Constitucional, el apoderado especial del Departamento Nacional de Planeación se opuso a la solicitud de amparo con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que las decisiones objeto de la acción de tutela son fruto de un análisis razonado según el cual las personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no poseen garantía de estabilidad alguna y por tanto para su retiro no se requiere de un concurso o procedimiento especial. Afirmó que el hecho de que el acto administrativo de retiro del servicio del accionante no tenga motivación alguna, no implica la vulneración de las garantías constitucionales del actor. Además, de conformidad con lo establecido en el artículo 230 de la Carta Política que estipula que los jueces al expedir las providencias sólo deben someterse al imperio de la ley, la existencia de un precedente judicial no imposibilita al operador judicial para apartarse razonadamente del contenido del mismo, puesto que la obligación primigenia deriva de la ley y la interpretación puede o no provenir de la jurisprudencia.

En segundo lugar explicó que *“la motivación implícita va ligada con la presunción de que el retiro del servicio del demandante se dio en procura del mejoramiento del servicio público, prerrogativa esta que la ley le ha dado a la administración pública y que hace parte del cuerpo normativo que se relaciona con la situación de provisionalidad del demandante, a quien no sólo debe aplicársele el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino también lo consignado en el Decreto Ley 2400 de 1968 y su reglamentario Decreto 1950 de 1973, normas estas que no han sido derogadas ni modificadas, ni mucho menos declaradas inexequibles por la Corte Constitucional”*.

Consideró también, que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tratándose de nulidad de los actos administrativos y en especial de su motivación implícita, quien alega como causal de nulidad la falsa motivación debe demostrar la falsoedad o inexactitud de los motivos que lo sustentan, en razón de la presunción de legalidad de que se hallan investidos los actos administrativos.

De otro lado, estimó que un adecuado entendimiento de lo dispuesto en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que establece que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento provisional sin necesidad de motivar la providencia, no admite considerar que el acto de retiro del servicio esté condicionado a la celebración del concurso de méritos, pues esto constituiría *“una inusual y extraña estabilidad restringida como lo ha reconocido en varias oportunidades el Consejo de Estado”*. Así, para el retiro de los provisionales, es necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad, aspecto que desconoce la sentencia recurrida.

Por lo anterior, concluyó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26, inciso 1º, del Decreto 2400 de 1968, el retiro del actor podía realizarse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere que se expresen las causales de retiro.

Con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado considera un desacuerdo sostener que bajo el supuesto de que el acto de retiro debió ser motivado, queda eliminada la facultad discrecional de la administración pública, puesto que la medida de insubsistencia fruto de la facultad discrecional es proporcional a la forma como el accionante ingresó a la administración pública, es decir sin mediar procedimiento de concurso alguno.

Por último afirmó, que no se está desconociendo lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, puesto que tal disposición no menciona a los funcionarios que ejercen un cargo de manera provisional y por tanto lo que se pretende es establecer un derecho que no está consagrado en la Constitución ni en la Ley.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos materia de revisión. El estudio por la Plenaria fue decidido bajo los lineamientos del artículo 54 A del Reglamento Interno de esta Corporación.

#### 2. Presentación de los casos objeto de revisión

Sin perjuicio de las especificidades que serán valoradas al examinar cada caso en particular, de los antecedentes reseñados la Sala observa que los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas (salvo en un expediente<sup>5</sup>) y fueron desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados por sus nominadores.

##### 2.1.- Tutela contra las providencias judiciales que negaron la nulidad de los actos de desvinculación

El primer grupo de demandantes (20 en total) interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, donde sus pretensiones fueron negadas con el argumento de que los actos de insubsistencia de cargos en provisionalidad no requieren motivación alguna. Ejercen la tutela contra las sentencias judiciales que desestimaron sus reclamaciones, invocando la protección de sus derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, acceso a la función pública e igualdad<sup>6</sup>.

Algunos jueces rechazaron la solicitud por considerar que en virtud de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía e independencia judicial, la acción de tutela no procede contra sentencias judiciales; otros, aunque aceptan la procedencia de la tutela, niegan la protección porque, o bien no encuentran acreditados los requisitos procedimentales para hacer uso de la tutela, o bien consideran que los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa responden a una interpretación razonable de las normas sobre retiro de servidores públicos, de manera que no se configura una vía de hecho ni se vulneran los derechos fundamentales.

##### 2.2.- Tutela contra las entidades que declararon la insubsistencia sin motivación del acto

El segundo grupo de demandantes (4 en total) acude a la tutela directamente contra las entidades de las que fueron desvinculados sin motivación alguna<sup>7</sup>. Solicitan su reintegro, ya sea en forma definitiva o mientras la jurisdicción contencioso administrativa resuelve la controversia sobre la validez de los actos de retiro. Los jueces de tutela denegaron el amparo ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para debatir la legalidad del retiro, pues no encontraron acreditada la existencia de un perjuicio irremediable.

#### 3.- Delimitación de los problemas jurídicos y metodología de análisis

De manera previa debe recordarse que la revisión de los fallos de tutela encomendada a esta Corporación es eventual y no constituye una tercera instancia, sino que representa el escenario idóneo para delimitar el alcance de los derechos fundamentales, por supuesto teniendo presente el deber de asegurar su protección cuando se encuentren vulnerados o amenazados en cada caso particular. En este sentido, desde la Sentencia C-018 de 1993 se ha precisado que *“la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y su carácter”*

paradigmático”<sup>8</sup>, de modo que puede restringir el ámbito de la revisión a los temas de mayor relevancia jurídica, especialmente en las sentencias de unificación de jurisprudencia como la que ahora profiere la Sala Plena<sup>9</sup>.

Visto lo anterior y de acuerdo con los hechos y decisiones de instancia, en esta oportunidad la Corte limitará el estudio de los asuntos bajo revisión tomando como base los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

(ii) ¿Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho?

(iii) ¿Es procedente la acción de tutela dirigida directamente contra la entidad pública que desvincula a un empleado nombrado en provisionalidad sin que el acto de retiro haya sido motivado?

Para dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados, la Corte asumirá el análisis de los siguientes temas: (i) motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; (ii) procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y frente a la problemática descrita en particular; (iii) alcance de la acción de tutela para controvertir los actos de retiro en provisionalidad cuando no han sido motivados. Examinados esos aspectos, (iv) analizará cada uno de los casos objeto de revisión y sus especificidades para tomar las medidas a que hubiere lugar.

4.- Consideración preliminar: la falta de motivación del acto de desvinculación de provisionales dentro de la compleja evolución del régimen de carrera en Colombia

La construcción de un régimen de carrera administrativa que conduzca a la integración de un aparato burocrático idóneo, técnico, eficiente y eficaz, comprometido con los fines esenciales del Estado, integrado con funcionarios que gocen de garantías de estabilidad laboral, nombrados mediante concursos de méritos abiertos y transparentes, ajeno a consideraciones de orden partidista, clientelar o nepotista y respetuoso del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, no ha sido una tarea fácil en el escenario colombiano.

La Constitución de 1886 dejó en manos del legislador la regulación de la carrera administrativa<sup>10</sup>. Su primer desarrollo tuvo lugar con la expedición de la Ley 165 de 1938, donde consagró los derechos que de ella emanaban (art. 2), señaló que todos los empleados que prestaran sus servicios en los ramos fiscal y administrativo quedaban sujetos a la carrera administrativa, salvo algunas excepciones (art. 4), y fijó las condiciones generales de ingreso (art.6), entre otras regulaciones.

Dos décadas más tarde fue aprobada una reforma constitucional mediante la cual se elevó a rango superior la carrera administrativa. La jurisprudencia de esta Corporación ya ha tenido oportunidad de referirse a la importancia de esta reforma en el entramado jurídico colombiano, así como a su compleja evolución normativa y difícil implementación práctica. Al respecto, en la Sentencia C-588 de 2009, que recogió los principales pronunciamientos en la materia, la Corte hizo las siguientes reflexiones que debido a su pertinencia conviene recordar *in extenso*:

“Con especial énfasis ha destacado la Corporación que “el examen judicial de estos temas en el derecho colombiano ha tenido como presupuesto histórico, el pronunciamiento de la voluntad del Constituyente y que se remonta a las decisiones del plebiscito de 1957 en materia de la Carrera Administrativa y del Régimen del Servicio Civil”<sup>11</sup>.

Al respecto la Corte ha puntualizado que el plebiscito “fue la primera manifestación directa, en materia de Reforma Constitucional, del Constituyente Primario en la historia de Colombia” y que la causa de la elevación de la carrera administrativa a la categoría de canon

constitucional, “fue, dentro del espíritu que inspiró ese trascendental proceso, garantizar la estabilidad en los cargos públicos, con base en la experiencia, la eficiencia y la honestidad en el desempeño de los mismos, sustrayéndolos a los vaivenes, manipulaciones y contingencias de la lucha político partidista, que hasta entonces había llevado a que cada vez que se producía un cambio de gobierno y el poder político era conquistado por uno de los partidos tradicionales, sistemáticamente excluía a los miembros del otro partido de la participación en los cargos públicos, aun en los niveles más bajos”<sup>12</sup>.

Los textos constitucionales aprobados en 1957 constan en el artículo 5º, 6º y 7º del plebiscito. Según el artículo 5º, “el presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerlas sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro y despido”.

El artículo 6º señaló que “a los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio” y el artículo 7º estableció que “en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa o su destitución o promoción”.

En desarrollo de los anteriores postulados fue expedida la Ley 19 de 1958 que creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública que se dedicaría a la enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas referentes a la administración pública y, en especial, a la preparación del personal al servicio del Estado.

Con base en la Ley 19 de 1958 se dictó el Decreto 1732 de 1960 que “distribuyó en dos sectores los empleos públicos: los de carrera administrativa, como regla general, y los de libre nombramiento y remoción” y rigió hasta la expedición del Decreto 2400 de 1968, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 65 de 1967, para “modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos”<sup>13</sup>.

A su turno, el Decreto 2400 fue reglamentado por el decreto 1950 de 1973 que, conforme lo ha destacado la Corte, definió “la carrera como un mecanismo de administración de personal que no reconoce para el acceso al servicio y para la permanencia y promoción dentro de él, factores distintos al mérito personal, demostrado mediante un serio proceso de selección” integrado por “la convocatoria, el reclutamiento, la oposición, la lista de elegibles, el periodo de prueba y el escalafonamiento”<sup>14</sup>.

Dentro de esta evolución, la Corte ha destacado que “La Ley 61 de 1987 constituye la última innovación legislativa en materia de función pública durante la vigencia de la Constitución de 1886” y contiene “una nueva clasificación de los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción”, así como una regulación relativa “a la pérdida de los derechos de carrera, la calificación de servicios y los nombramientos provisionales” al paso que “señaló como excepción a la regla general el sistema de libre nombramiento y remoción”, bajo el entendido de que “los empleos no enunciados allí deben considerarse de carrera administrativa”<sup>15</sup>.

De acuerdo con lo señalado en la jurisprudencia constitucional, toda esta evolución pone de presente “el prolongado esfuerzo legislativo que se ha hecho en nuestro país, para hacer realidad la carrera administrativa en la función pública”.

A su turno, el Constituyente de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador<sup>16</sup>.

Ligado a ello, la Carta Política introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado “botín burocrático” entre los distintos partidos y movimientos políticos en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo en cuenta los retos que debe asumir el Estado de cara a la globalización económica.

A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas.

De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes<sup>17</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha partido de la premisa según la cual la carrera representa el “instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública”<sup>18</sup>, acompañada de la “necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general”<sup>19</sup>, para de esta forma evitar que, en contra de la Constitución, “la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general”<sup>20</sup>.

Es así como las autoridades públicas y en este caso particular el juez constitucional deben adoptar los correctivos necesarios para que no se perpetúen situaciones de anormalidad en la provisión de empleos en la administración pública, como la preservación indefinida en diversas instituciones del Estado de un elevado número de funcionarios nombrados en provisionalidad, consecuencia directa de la falta de voluntad política para implementar verdaderos concursos de méritos. Adicionalmente, le corresponde velar porque la desvinculación de este grupo amplio de funcionarios no obedezca a prácticas clientelares, es decir, que no sea el producto de la arbitrariedad sino del ejercicio prudente de la discrecionalidad con miras al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, no puede ser interpretada como una forma de petrificar las nóminas estatales que estimule ilegítimas prácticas burocráticas, sino como un instrumento realmente transitorio, cuyos efectos prácticos deberán desaparecer conforme se realicen concursos inspirados en el mérito y el acceso al empleo bajo parámetros de igualdad. En otras palabras, la presente decisión debe ser leída como una forma de superar un estado de cosas anómalo, inconstitucional si se quiere, caracterizado por la ausencia de concursos de méritos y los nombramientos en provisionalidad, desconociendo que éste es sólo un mecanismo excepcional encaminado a solventar problemas coyunturales, que bajo ninguna perspectiva pueden convertirse en la regla general en detrimento de claro mandatos de orden superior.

## 5. La motivación de los actos administrativos en perspectiva constitucional

En este apartado la Corte analizará los fundamentos constitucionales en torno al deber de motivación de los actos administrativos y su alcance específico respecto de los casos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad.

### 5.1. La motivación como elemento del Estado de Derecho, del principio democrático, del principio de publicidad y garantía del debido proceso para el acceso efectivo a la administración de justicia.

Por regla general la Administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; es decir, tiene la obligación de hacer explícitas los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones. Para el caso colombiano, ello es consecuencia directa del diseño adoptado en la Carta Constitucional de 1991, sobre el cual esta Corporación ya ha tenido oportunidad de referirse en numerosas oportunidades.

En la Sentencia SU-250 de 1998 la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por vez primera su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos<sup>21</sup>. Apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad. Recordó cómo en el sistema napoleónico imperial no había tal exigencia y cómo en el antiguo régimen español ni siquiera se requería motivar las decisiones judiciales, de manera que sólo a finales del siglo XIX y durante el siglo XX se desarrolló la dogmática según la cual, salvo casos excepcionales, los actos de la administración también deben estar motivados.

Desde entonces la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente, uniforme, extensa y reiterada sobre el deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad<sup>22</sup>. Por ejemplo, en la Sentencia C-734 de 2000 la Corte precisó que la motivación es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. Dijo entonces:

“De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que 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”.

El deber de motivación de los actos administrativos<sup>23</sup> guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales se destacan los siguientes:

a. Cláusula de Estado de Derecho

En primer lugar, la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. La doctrina autorizada ha explicado que la motivación representa el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario. Así, refiriéndose al caso español, cuyas consideraciones son plenamente aplicables al escenario colombiano, el profesor Tomás Ramón Fernández señala:

*“La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras.*

La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la SC. de 17 de junio de 1981, “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el Derecho (SC. De 11 de julio de 1983)<sup>24</sup>. (Resaltado fuera de texto).

La Corte Constitucional también ha reconocido que la motivación de los actos tiene sustento en el concepto de Estado de Derecho que recoge la Constitución de 1991, “puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo”<sup>25</sup>.

En la misma dirección, en la Sentencia C-371 de 1999, al analizar varias normas del Código Contencioso Administrativo esta Corporación declaró su exequibilidad condicionada, precisando que la regla general ha de ser la motivación de los actos “como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad”<sup>26</sup>. Dijo entonces:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera

exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad". (Resaltado fuera de texto).

En este punto es necesario reconocer que el propio Consejo de Estado ya había advertido, en vigencia de la Constitución de 1886, que "no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición"<sup>27</sup>.

b. Devido proceso

En segundo lugar, la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso (art. 29 CP). En efecto, "si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)"<sup>28</sup>. En la Sentencia C-279 de 2007 la Corte explicó que la motivación "permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas", de modo que en últimas se "asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso"<sup>29</sup>.

Concordante con lo anterior, la Corte ha precisado que la fundamentación explícita "es necesaria a fin de que el afectado pueda controvertir las razones que llevaron al nominador a su desvinculación. Sólo de esta manera se le garantiza el debido proceso y se posibilita el acceso efectivo a la administración de justicia"<sup>30</sup>.

c. Principio democrático

En tercer lugar, la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts. 1º, 123, 209 C.P.), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas. Sobre el particular la Corte ha explicado que la motivación es "una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. (...) *Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad. Art. 209 C.P. La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)]*"<sup>31</sup>.

En la misma dirección, desde la academia se ha puesto de presente que "al Estado democrático le es por ello de esencia un consenso reforzado, que sólo puede lograrse a partir de decisiones objetiva y racionalmente fundadas, capaces de resistir la prueba de la realidad y de confrontarse con otras de signo opuesto y no salir vencidas, al menos, de esta confrontación"<sup>32</sup>, lo que desde luego no puede lograrse cuando no se hacen explícitos los fundamentos de tales decisiones.

d. Principio de publicidad.

Finalmente, ligado a lo anterior, la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 Superior, como corolario del principio democrático y de la prevalencia del interés general. En la Sentencia C-054 de 1996, donde la Corte declaró exequible la norma que impone a las autoridades el deber de motivar la negativa al acceso a documentos públicos<sup>33</sup>, precisó su importancia a la luz del principio de publicidad:

*"El deber de motivar los actos administrativos no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración".* (Resaltado fuera de texto).

La publicidad que se refleja en la motivación constituye una "condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho"<sup>34</sup>, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados no sólo de las decisiones

adoptadas por los poderes públicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento. La publicidad del acto sin el conocimiento de los motivos en que se fundamenta en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo.

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

## 5.2. La discrecionalidad relativa y la excepción a la motivación de actos administrativos

El propio ordenamiento acepta que en ciertas decisiones el deber de motivar los actos de la Administración se reduzca o incluso se atenúe de modo significativo. Ello por supuesto representa una medida de excepción que ha de ser consagrada constitucional o legalmente y, en este último caso, siempre que responda a fundamentos objetivos y razonables coherentes con los principios que rigen la función administrativa.

En este sentido, en la Sentencia C-371 de 1999, cuando la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de dos normas del Código Contencioso Administrativo<sup>35</sup>, precisando la regla según la cual:

*"todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal [o constitucional] deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada"* (Resaltado fuera de texto).

Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria cuando afectan a particulares<sup>36</sup>, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional<sup>37</sup>. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa<sup>38</sup>.

Con todo, en el Estado de Derecho no tiene cabida la noción de discrecionalidad absoluta sino que únicamente es admisible la discrecionalidad relativa, lo cual supone el deber de "apreciar las circunstancias de hecho, la oportunidad y la convivencia dentro de las finalidades inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la disposición que autoriza la decisión discrecional"<sup>39</sup>. Así fue precisado por la Corte desde la Sentencia C-734 de 2000<sup>40</sup>, al indicar:

"De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que 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".

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA.

A continuación la Sala reseña algunos de los ejemplos más representativos de esa discrecionalidad relativa, donde se exceptúa el deber de motivación de los actos administrativos.

a. Nombramiento y retiro de ministros, directores de departamentos administrativos y agentes del Presidente de la República

El artículo 189-1 de la Constitución establece una excepción al deber de motivación de actos administrativos, al señalar que corresponde al Presidente de la República "nombrar y separar libremente a los ministros del despacho y a los directores de departamentos administrativos". A su turno, el numeral 13 del mismo artículo consagra la facultad del Gobierno de "nombrar y remover libremente a sus agentes"<sup>41</sup>. Con ello se pone de presente la potestad discrecional, pero en todo caso relativa, del jefe del Ejecutivo para la designación y retiro de sus agentes de primer nivel.

b. Nominación y desvinculación en cargos de libre nombramiento y remoción

En términos más amplios, dentro de los actos administrativos que no requieren ser motivados "están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción"<sup>42</sup>. El fundamento de esta excepción ha sido el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil. Dijo la norma:

"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."

En la Sentencia C-734 de 2000 la Corte declaró la exequibilidad de este precepto, recordando que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivada, aclarando que en todo caso se trata de una discrecionalidad relativa. Dijo entonces:

"En conclusión, resulta claro que la Corte ha admitido, en varias ocasiones, que la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución, lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.

(...)

De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, 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 existe 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". (Resaltado fuera de texto).

Como se observa, la Corte aclaró que incluso en estos eventos opera una discrecionalidad restringida, pues si bien no se requiere la motivación del acto la propia norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, controlando la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior). De igual forma, en la Sentencia T-222 de 2005 puso de presente que en esta facultad de nominación y retiro inmotivado constituye una medida verdaderamente excepcional:

"No obstante lo anterior, la Corte ha aclarado que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto a desvinculación del servicio se refiere, tiene sus excepciones. Tal es el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, pues por tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.<sup>43</sup> La jurisprudencia constitucional ha definido estos cargos como "aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125),

siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación<sup>44</sup>. Así pues, por la naturaleza de estos cargos, los actos que desvinculan a quienes desempeñan un empleo de libre nombramiento y remoción no requieren motivación<sup>45</sup>.

La Sentencia T-132 de 2007 recordó, una vez más, que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, lo cual explica que en estos eventos el Legislador haya contemplado una excepción a la regla general sobre el deber de motivación de los actos administrativos:

"En efecto, la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador"<sup>45</sup>." Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación<sup>46</sup>."

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, "la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución<sup>47</sup>." Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye "una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno<sup>48</sup>."

Los anteriores constituyen, en últimas, los actos administrativos que en relación con la nominación y retiro de servidores públicos no requieren motivación expresa, lo que sin embargo, insiste la Corte, tampoco puede ser interpretado como una patente de corso para actuar de manera arbitraria, pues en todo caso podrán ser objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa y ser anulables por las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

### 5.3. El inexcusable deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera

El artículo 125 de la Constitución se refiere al ingreso y retiro de servidores públicos en los empleos del Estado<sup>49</sup>. De un lado, reconoce que por regla general los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se hará, también por regla general, mediante concurso, con el propósito de estimular el mérito y las calidades de los aspirantes como forma de acceso a la función pública. De otro lado, el mismo artículo señala que el retiro se hará "por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

#### a. Motivación de los actos de retiro

En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad<sup>50</sup>.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal"<sup>51</sup>. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo "no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo"<sup>52</sup>.

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 adoptadas<sup>53</sup>.

- 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”<sup>54</sup>, 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”<sup>55</sup>.

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”<sup>56</sup>. 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 actos<sup>57</sup>.

- 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 insubstancia. En este sentido la Corte precisa que aun 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 oportunidades<sup>58</sup>, 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 aquéllos 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 decisiones<sup>59</sup> y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular<sup>60</sup>, aun cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional<sup>61</sup>.

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 ellaemanan, 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. Esta postura ha sido abordada en algunas de las sentencias recientes. Por ejemplo, en la sentencia T-007 de 2008 dijo al respecto:

“La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011/03). Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección” (T-1316/05), que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C. P)<sup>62</sup>”.

De igual forma, en la Sentencia T-251 de 2009 esta Corporación sostuvo:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”.

En síntesis, la Corte concluye 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.

#### 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”<sup>63</sup>. 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”<sup>64</sup>.

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”<sup>65</sup>.

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 encuentren 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 administrativa<sup>66</sup> o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo 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”<sup>67</sup>.

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”<sup>68</sup>, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario<sup>69</sup>. 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 insubstancial cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias<sup>70</sup>. 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 administración<sup>71</sup>, siendo completamente inadmisible la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos.

#### 5.4. Desvinculación de cargos especiales de carrera y deber de motivación

Un supuesto en los cuales se atenúa el deber de motivación de los actos administrativos tiene que ver con el retiro de algunos funcionarios en cargos especiales de carrera. Por ejemplo, en la Sentencia C-368 de 1999 la Corte declaró exequible el literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, sobre carrera administrativa, que permitía declarar la insubstancialidad del personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa<sup>72</sup>, “bajo el entendido de que esta norma solamente puede ser aplicada en relación con funcionarios no uniformados de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -distintos a los empleados en sus entidades descentralizadas-, cuyas labores puedan afectar de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado”.

En aquella oportunidad la Corte consideró que el retiro no motivado por razones de seguridad nacional, era constitucionalmente válido siempre y cuando se contara con el informe previo de inteligencia que diera cuenta de la inconveniencia de la permanencia del funcionario en el cargo, con lo cual reafirmó el carácter restringido de la discrecionalidad del nominador. Aclaró también que “en todo caso, esos actos administrativos podrán ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa, si se considera que el retiro del servicio ha sido arbitrario”.

Lo anterior, sin embargo, no significa que en los regímenes especiales de carrera<sup>73</sup> se autorice *per se* la desvinculación sin motivación de los actos. Dos ejemplos que resultan pertinentes para el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte son los que tienen que ver con el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y la Fiscalía General de la Nación.

a. El Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y el deber de motivación de los actos de retiro de servidores que no son de libre nombramiento y remoción

Con fundamento en el ejercicio de la potestad discrecional, el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 autorizó la declaratoria de insubstancialidad de algunos servidores del DAS que pertenecen al régimen especial de carrera (los detectives)<sup>74</sup>. Esta norma fue objeto de control

constitucional y declarada exequible en la Sentencia C-048 de 1997, con fundamento en la naturaleza especial de las funciones desempeñadas por dichos agentes y por el grado de confiabilidad exigido. Sin embargo, frente a estas situaciones la Corte ha precisado que el ejercicio de esa facultad discrecional no puede confundirse con la arbitrariedad, de manera que “no es asimilable a la ausencia de motivación ni mucho menos a la ausencia de razones o motivos que justifiquen el actuar de la administración”<sup>75</sup>.

De la misma forma ha señalado que “no existe norma que consagre de manera expresa que en la declaración de insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera el Director del Departamento Administrativo de Seguridad no tenga que motivar el acto administrativo correspondiente”, lo que sólo resulta aplicable frente a quienes ejercen cargos de libre nombramiento y remoción<sup>76</sup>. Por ello, cuando se ha hecho uso de la facultad discrecional sin motivar el acto de retiro de servidores del DAS que no son de libre nombramiento y remoción, la Corte ha amparado el derecho fundamental al debido proceso<sup>77</sup>.

b. El régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y el deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad.

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 provisionalidad<sup>78</sup> 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 Constitucional<sup>79</sup>.

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 provisionalidad<sup>80</sup>.

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 provisionalidad<sup>81</sup>, mientras que el artículo 73 estipuló el retiro de la carrera mediante acto motivado y en los demás casos en ejercicio de la facultad discrecional<sup>82</sup>.

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. Dijo entonces<sup>83</sup>:

“En múltiples oportunidades (entre otras, las sentencias T-1206 de 2004, T-031 de 2005, T-161 de 2005, T-222 de 2005, T-267 de 2005, T-392 de 2005, T-648 de 2005, T-660 de 2005, T-804 de 2005, T-1159 de 2005, T-1162 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1323 de 2005, T-081 de 2006, T-156 de 2006, T-653 de 2006), la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna.

- El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006 se definió este derecho como: "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (T-522/02)".

- La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso (SU-250/98).

- En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableció que cuando un servidor público ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculación debía ser motivado, *"pues solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación"* (SU-258/98, T-951/04). La Corte también ha distinguido entre la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción y la de los servidores de carrera, y resaltó que respecto de los primeros no existe el deber de motivación, en razón de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sí es necesaria dicha motivación (T-951/04). Así, desde la sentencia T-800 de 1998 se estableció que (...).

- Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubstancia.

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

(...)

Es preciso destacar que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubstancia de un funcionario público nombrado en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que los funcionarios nombrados en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera, y en particular el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente".

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 Corporación<sup>84</sup>.

## 5.5. Vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C. P.), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 C. P.), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 C. P.), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En la jurisprudencia específica sobre el asunto que ahora es objeto de análisis, esta Corporación ha precisado en forma reiterada que la motivación es un requisito de validez donde los actos que carecen de ella están viciados de nulidad<sup>85</sup>. Por ello ha señalado que 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”<sup>86</sup>.

En la reciente sentencia T-736 de 2009, siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia constitucional, esta Corporación sostuvo de manera categórica lo siguiente:

“La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. *De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación*”. (Resaltado fuera de texto).

En suma, la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, como se explica a continuación.

## 6. Tutela contra providencias judiciales que desconocen el inexcusable deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad

### 6.1. Procedencia excepcional de la tutela contra sentencias judiciales

La acción de tutela procede contra sentencias judiciales, aunque siempre de manera excepcional. Esta es la regla que se deriva del artículo 86 de la Constitución, en concordancia con el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000, así como de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado al ejercer el control de constitucionalidad en sus respectivos ámbitos.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que el artículo 86 Superior reconoce expresamente que la acción de tutela puede ser ejercida cuando los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de “*cualquier autoridad pública*”. En la misma dirección, tanto el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>87</sup>, como el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>88</sup>, reconocen que toda persona podrá hacer uso de mecanismos judiciales ágiles y efectivos que los amparen contra la violación de sus derechos, aún si ésta se causa por quienes actúan “*en ejercicio de sus funciones oficiales*”. Así, la interposición de la tutela contra sentencias judiciales es una facultad reconocida desde la propia Constitución y concordante con las normas que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, pues es claro que siendo las sentencias actos de autoridades públicas que ejercen función jurisdiccional, las mismas no están exentas del riesgo de afectar derechos fundamentales y, en consecuencia, de ser controvertidas por esta vía expedita pero subsidiaria.

Esta previsión guarda armonía con la configuración prevista en el derecho comparado; por citar sólo dos ejemplos, en ordenamientos como el español o el alemán la “tutela” contra sentencias de última instancia “*ocupa más del 80% de los recursos de amparo o protección presentados*”

ante los respectivos Tribunales Constitucionales”<sup>89</sup>.

Sin embargo, como el uso indiscriminado de la tutela contra sentencias judiciales plantea dificultades de diverso orden, tanto el Legislador como la jurisprudencia han trazado límites a fin de que su ejercicio se supedite a restricciones de tipo formal y material.

Una de las más importantes limitaciones al ejercicio de la tutela fue plasmada en la Sentencia C-543 de 1992. En aquella oportunidad la Corte declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991<sup>90</sup>, que consagraban como regla general la procedencia de la tutela contra sentencias. La Corte declaró que si bien los funcionarios judiciales son autoridades públicas, debido a la relevancia de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía e independencia judicial, la tutela sólo puede tener carácter excepcional frente a actuaciones de hecho que representen una grave afrenta a los derechos fundamentales. Dijo al respecto:

*“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”.*

Según ha sido explicado por la Corte en varias oportunidades, la Sentencia C-543 de 1992 apuntó a “la preservación de la supremacía de los derechos fundamentales, a través de un entendimiento sustancial de los principios de seguridad jurídica e independencia judicial, es decir, que las sentencias judiciales deben tener un mínimo de justicia material, representado en el respeto por los derechos fundamentales”<sup>91</sup>. De esta manera, la *ratio decidendi* del fallo no fue otra que excluir la tutela contra sentencias judiciales como estaba originariamente prevista en el Decreto 2591 de 1991, esto es, como regla general, abierta e indiscriminada, para permitir su ejercicio restringido y verdaderamente excepcional<sup>92</sup>.

La Sala considera importante reiterar que todos los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, no sólo cuando tramitan acciones de tutela o cuando hacen parte de la jurisdicción constitucional en sentido funcional<sup>93</sup>, sino también cuando actúan de ordinario en los asuntos propios de su respectiva jurisdicción (en sentido orgánico). Esto se explica en virtud de la “omnipresencia” de la Constitución en todas las áreas jurídicas y porque “un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los litigios a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución”<sup>94</sup>. De esta manera, siendo los procesos ordinarios el primer escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales y en general la vigencia de la Constitución, la utilización de la acción de tutela contra las decisiones judiciales sólo puede tener carácter subsidiario y, por supuesto, excepcional.

En este punto es importante insistir en que la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales, lejos de ser incompatible con los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía e independencia judicial, “pilares de todo estado democrático de derecho”, parte de su interpretación armónica con otros principios constitucionales no menos importantes: la prevalencia del derecho sustancial y la protección de los derechos fundamentales, “razón de ser primordial del estado constitucional y democrático de derecho”<sup>95</sup>.

La anterior postura ha sido desarrollada por esta Corporación de manera consistente y reiterada, no sólo en asuntos de tutela<sup>96</sup> sino también de control abstracto de constitucionalidad con efecto de cosa juzgada constitucional *erga omnes* (art. 243 C. P.)<sup>97</sup>.

#### a. Requisitos generales de procedibilidad

Justamente para asegurar el equilibrio entre los principios constitucionales antes referidos, la Corte ha venido trazando otros límites al ejercicio de la tutela contra providencias judiciales a fin de hacer más estricta su utilización.

La jurisprudencia ha fijado restricciones de orden procedural que constituyen un presupuesto indispensable para que el juez de tutela pueda abordar el análisis de fondo de una providencia judicial. Parten del supuesto de que las controversias entre los particulares -o entre estos y la administración- deben ser dirimidas siguiendo los cauces judiciales ordinarios, pues son éstas las instancias diseñadas para la aplicación de la Constitución y la ley y la garantía de los derechos que de ellas se derivan. En consecuencia, la intervención del juez de tutela, además de excepcional está condicionada a la prudente y diligente gestión de las partes en los procesos judiciales ordinarios, así como a una reclamación constitucional relevante y oportuna. Tales exigencias han sido definidas por la Corte como *"requisitos generales de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales"* y pueden reseñarse en los siguientes términos:

"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 jurisdicciones (T-175 de 1993). 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 *iustusfundamental* irremediable (T-504 de 2000). 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 vulneración (T-315 de 2005). 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 actora (T-008 de 1998 y SU-159 de 2002). No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591 de 2005, 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 posible (T-658 de 1998). 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 tutela* (T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001). Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas<sup>98</sup>. (Resaltado fuera de texto).

b. Requisitos especiales de procedibilidad

De otra parte, en aquellos casos en los cuales se encuentren acreditados los anteriores requisitos procedimentales, el amparo sólo tendrá cabida si la decisión judicial configura un yerro sustantivo de tal entidad que hace imperiosa la intervención del juez constitucional por vía de tutela.

Para tal fin, en un primer momento la jurisprudencia recurrió a la doctrina de las actuaciones de hecho (*vías de hecho*). Desde esta perspectiva, la tutela contra providencias judiciales sólo era procedente cuando la decisión carecía de fundamento objetivo, de modo que obedecía a su mera liberalidad, al simple capricho o voluntad del juzgador que se materializaba en la violación de derechos fundamentales<sup>99</sup>, es decir, “en cuanto que el titular del órgano se desliga[ba] por entero del imperio de la ley”<sup>100</sup>.

No obstante, la experiencia judicial vino a demostrar que existen otros eventos en los cuales, aun cuando el juez no se ha apartado de modo caprichoso del imperio de la ley, sí pueden verse comprometidos de manera grave derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando en su decisión incurre en un equívoco no por la negligencia del operador jurídico sino por el error en el que es inducido por otras autoridades<sup>101</sup>; o cuando, en detrimento del derecho a la igualdad, su interpretación de las normas desconoce sin justificación alguna sus propios precedentes o los precedentes sólidos y reiterados que han trazado instancias superiores<sup>102</sup>.

Es por ello por lo que la jurisprudencia ha venido abandonando la noción de *vía de hecho* para redefinir estas hipótesis bajo el concepto más preciso de “causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”<sup>103</sup>. En la Sentencia C-590 de 2005<sup>104</sup> la Corte sintetizó cuáles son las deficiencias que hacen procedente el amparo, a saber:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- “b. Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- “c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- “d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>105</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- “f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- “g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- “h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>106</sup>.
- “i. Violación directa de la Constitución”. (Resaltado fuera de texto).

La Corte debe reconocer que estos parámetros no son construcciones teóricas depuradas ni tienen pretensiones dogmáticas definitivas, sino que más bien nacen ante la necesidad de dar respuesta a los problemas constitucionales que día tras día se derivan de la práctica judicial, cuando en ellas se involucran cuestiones referentes al alcance y límites de los derechos fundamentales en las diversas esferas del quehacer judicial.

- Una importante restricción al ejercicio de la tutela contra sentencias judiciales se presenta en el caso de decisiones proferidas por las Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 C. P.), o el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237 C. P.).

Teniendo en cuenta el rol protagónico que cumplen la Corte Suprema y el Consejo de Estado en sus respectivos ámbitos, tanto la regulación normativa como la jurisprudencia se han ocupado de fijar mayores restricciones, pues ellos son los primeros llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivos ámbitos.

- De un lado, el Decreto 1382 de 2000 consagra reglas específicas en materia de tutela contra providencias judiciales en lo que tiene que ver con las demandas contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Así, el artículo 2º atribuye a las propias corporaciones el trámite y conocimiento de las acciones de tutela, por supuesto con exclusión de los jueces que emitieron el fallo acusado<sup>107</sup>.

Al examinar la validez del referido decreto, el Consejo de Estado reafirmó la procedencia de las acciones de tutela contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública *“incluidas las de la rama judicial, y aún sus órganos supremos”*<sup>108</sup>, aun cuando destacó la necesidad de que funcionalmente sean esas propias instancias las encargadas de conocer de tales demandas. Dijo al respecto:

Según el artículo 86 de la Constitución, la solicitud de tutela procede frente a una «acción u omisión» de cualquier autoridad, incluidas las de la rama judicial, y aun sus órganos supremos.

La censura contra la disposición que confía a dichos órganos supremos la decisión de las acciones de tutela contra sus propias acciones u omisiones, contiene en sí misma una contradicción insuperable, que conduce en cualquier caso a resultados contrarios a la Constitución Política. En efecto: si la competencia no se le asignase a autoridad alguna, tales acciones u omisiones quedarían sustraídas a la acción de tutela, lo que sería contrario al artículo 86; y si se la confiase a una autoridad distinta, se violaría el artículo 228, como también el artículo 50 de la Ley Estatutaria, que proclama el funcionamiento autónomo de las diversas jurisdicciones.

Así, pues, resultaba necesario reglamentar lo concerniente a la competencia para las acciones de tutela contra acciones u omisiones de los máximos tribunales, y así lo hizo el Presidente de la República, con observancia de los principios constitucionales y legales, defiriéndolas a la propia corporación. Repárese, por ejemplo, en que la ley reserva a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado la competencia para los recursos de revisión contra sus propias sentencias (arts. 25-1 y 379 del Código de Procedimiento Civil, y 186 del Código Contencioso Administrativo), lo que descarta de por sí el cargo de violación del Devido Proceso por la supuesta actuación de un «juez y parte», y antes bien, racionaiza el funcionamiento de la Administración de Justicia”. (Resaltado fuera de texto).

Como se observa, el pronunciamiento del Consejo de Estado guarda plena sintonía con la postura de la Corte Constitucional en la materia.

- De otro lado, es preciso tener en cuenta que la acción de tutela en estos eventos no se explica porque el juez constitucional nunca se equivoca y los tribunales supremos de la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa sí lo hagan, pues es claro que la infalibilidad no es propiamente una virtud humana. De hecho, una prueba de que la Corte Constitucional también yerra en sus decisiones es que algunas de sus sentencias han sido anuladas por la propia Corte, cuando por ejemplo advierte graves y trascendentales violaciones al debido proceso o cuando alguna de las salas de revisión ha desconocido la jurisprudencia de la Corte<sup>109</sup>.

Una de las principales razones que justifican la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales es la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales; y ésta es la principal misión de la Corte Constitucional en sede de revisión de los fallos de tutela (art. 86 y 241-9 C. P.). Sobre el particular, en la reciente Sentencia C-713 de 2008, que examinó la constitucionalidad de la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte precisó lo siguiente:

“En el asunto bajo examen, al atribuirse a las Salas de Casación de la Corte Suprema la facultad de seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento *“para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales fundamentales y control de legalidad de los fallos”*, la Corte considera que los propósitos para los cuales se prevé la casación se ajustan al ordenamiento Superior, en la medida en que armonizan con los fines que por su naturaleza corresponden a esa institución.

No obstante, deberá declarar inexistente la expresión “fundamentales”, puesto que, como fue explicado anteriormente, la casación apunta no

sólo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional, atendiendo criterios de justicia material según el principio de prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia. Recuérdese que “*también la interpretación de las disposiciones procesales que regulan ese recurso debe interpretarse de conformidad con ese principio*” (C-668 de 2001).

Además, la Constitución ha consagrado la acción de tutela y asignado a la Corte Constitucional la revisión eventual de los fallos de instancia, para asegurar por esa vía la interpretación uniforme en materia de derechos fundamentales en particular<sup>110</sup>.

Con ello, además, se ofrece a los ciudadanos cotas mínimas de seguridad jurídica y certeza del derecho, en la medida en que razonablemente pueden anticipar cuál será la respuesta jurídica a sus actos o ante la defraudación de las conductas que el ordenamiento censura<sup>110</sup>.

Por lo mismo, la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión.

- Finalmente, con miras a garantizar una mayor coherencia y rigor en el examen de la tutela contra sentencias proferidas por las altas corporaciones judiciales, el artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992 (reglamento interno de la Corte Constitucional), modificado por el Acuerdo 01 del 3 de diciembre de 2008, estipuló el deber de presentar ante la Sala Plena de la Corporación los fallos sobre acciones de tutela contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para que la plenaria determine si asume directamente el estudio del caso. Dice la norma:

“Artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009.

En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela”. (Resaltado fuera de texto).

En síntesis, la acción de tutela contra sentencias judiciales constituye un mecanismo para asegurar la primacía de los derechos fundamentales y la unidad de interpretación en torno a su alcance y límites; no obstante, con miras a evitar utilizaciones indebidas, su ejercicio es verdaderamente excepcional y siempre condicionado a profundas restricciones formales y materiales, particularmente cuando se ejerce contra providencias de altas corporaciones judiciales.

6.2. La jurisprudencia del Consejo de Estado y su abierta incompatibilidad con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte sobre la motivación de los actos de insubsistencia de cargos en provisionalidad

a. Posición del Consejo de Estado

Al interior del Consejo de Estado la posición en torno al deber de motivación de los actos de insubstancia de nombramientos en provisionalidad no ha sido uniforme. Hasta el año 2003 la Subsección "A" de la Sección Segunda consideró, que tales servidores gozaban de una suerte de "estabilidad restringida", de manera que "para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso"<sup>111</sup>. Por el contrario, para la Subsección "B" no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna<sup>112</sup>.

En el año 2003 la Sección Segunda del Consejo de Estado aceptó esta última postura y unificó su jurisprudencia "acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna"<sup>113</sup>. Fue así como concluyó que "cuando se remueve a esta clase de personal [vinculado en provisionalidad], sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables". Desde entonces esta ha sido la posición del Consejo de Estado y con base en ella se ha abstenido de anular actos administrativos de tal índole cuando se ha hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>114</sup>.

En síntesis, las razones invocadas por el Consejo de Estado, cuya postura se ha mantenido inalterada y de hecho constituye la base de las sentencias ahora cuestionadas en sede de tutela, son las siguientes<sup>115</sup>:

- El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" frente a los empleados nombrados en carrera y a los de libre nombramiento y remoción, porque ni ha accedido por concurso de méritos, ni se trata de un cargo asimilable a los de libre nombramiento.
- Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser vinculado de manera discrecional por el nominador.
- El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predictable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicen para quien ha ingresado por concurso.
- Como los nombramientos en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.
- No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubstancia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial.

#### b. Incompatibilidad con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como es fácil de advertir, aun cuando hay algunas premisas de convergencia lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de insubstancia de nombramientos en provisionalidad va por senderos diferentes, a tal punto que en la actualidad existe una contradicción evidente entre una y otra postura. Mientras que para la Corte en estos casos existe un inexcusable deber de motivación de los actos de retiro, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios y derechos de rango constitucional, para el Consejo de Estado el nominador puede declarar la insubstancia en ejercicio de su facultad discrecional sin ninguna obligación constitucional ni legal de hacer explícitas las razones para ello.

La Corte coincide con el Consejo de Estado en señalar que el nombramiento en provisionalidad no puede ser asimilado ni a un empleo de carrera, porque su origen no es el mérito, ni tampoco puede equipararse a uno de libre nombramiento y remoción, porque legalmente no ha sido catalogado así ni se trata de cargos que tienen origen en la confianza para ejercer tareas de dirección o manejo. En consecuencia, a quien ejerce un cargo en provisionalidad no le asiste el derecho a la estabilidad laboral propia de los derechos de carrera.

Sin embargo, de esa sola circunstancia no puede afirmarse que no se requiera la motivación de los actos de retiro o insubstancia. En efecto, como fue explicado en la primera parte de esta sentencia, el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso –predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales excesos de la Administración, entre otros preceptos constitucionales. Sostener lo contrario implicaría asimilar los cargos de provisionalidad a los de libre nombramiento y remoción, en contravía de lo sostenido por el propio Consejo de Estado. Al respecto la Corte ha precisado lo siguiente:

“Conforme a lo anterior, para la Sala resulta claro que si bien el servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que tiene un funcionario adscrito a carrera, de todas maneras no puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Dicho en otros términos, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad implica que cuando es desvinculado necesariamente se le deban indicar las razones de su declaración de insubstancia (T-1206/04)”<sup>116</sup>.

Ahora bien, la invocación que pudiere hacerse de normas de inferior jerarquía para no motivar los actos de retiro (decretos reglamentarios, directivas, etc.), no se aviene a las exigencias que emanan del Estatuto Superior, donde claramente se indica que las causales de retiro serán las consagradas en la Constitución y la Ley (art. 125), norma aplicable en la medida en que atribuye al Legislador la competencia exclusiva para señalar las causales de retiro del servicio público en cualquier evento.

Tampoco puede ser de recibo el argumento según el cual se presume que la insubstancia se inspira en razones de buen servicio o que subyace un fin intrínseco y adecuado en esta dirección<sup>117</sup>. De un lado, porque no se trata del ejercicio de una facultad discrecional sino reglada; y de otro, porque de lo contrario se impondría al administrado una carga excesiva y desproporcionada para enervar la validez del acto y ejercer su derecho de contradicción y defensa en condiciones de igualdad de armas. En la Sentencia T-007 de 2008 se recogieron algunos de los planteamientos al respecto en los siguientes términos:

“En tal sentido, se recuerda que el derecho al debido proceso es aplicable a todas las actuaciones tanto judiciales como administrativas (Art. 29 C. P). La motivación de los actos administrativos, promueve el derecho al debido proceso y facilita la controversia y la defensa de los involucrados frente a la eventual arbitrariedad de las autoridades competentes, garantizando los principios de legalidad y de publicidad de las decisiones administrativas (C-279/97). La motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, resulta entonces *“indispensable so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho de defensa”* (T-254/06) Por ende, aunque el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad para desvincular a un funcionario en provisionalidad, ésta no puede ser confundida con arbitrariedad (T-648/05, T-1206/04, T-1240/04, T-161/05, T-222/05, T-392/05, T-267/05, T-031/05, T-123/05, T-024 de 2006), y sólo puede estar fundada en razones atinentes al servicio prestado por el servidor (T-081/06)”.

La contradicción que en este específico punto existe entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ya ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia constitucional<sup>118</sup>. Por ejemplo, en la sentencia T-254 de 2006 la Corte examinó el caso de un funcionario del Ministerio del Interior y de justicia que se encontraba vinculado en provisionalidad y fue desvinculado sin la motivación del acto; el ciudadano demandó la nulidad y el restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero sus pretensiones fueron desestimadas por el tribunal administrativo y luego por el Consejo de Estado, por lo que interpuso acción de tutela contra tales decisiones. En sede de revisión la Corte recordó que en numerosas oportunidades se ha pronunciado sobre la materia, de modo que “el problema jurídico consistente en si la falta de motivación constituye o no una vulneración del debido proceso administrativo ya fue solucionado en forma definitiva por la Corte como órgano de cierre del ordenamiento jurídico colombiano”. Fue así como amparó los derechos invocados, dejó sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia y ordenó al Consejo de Estado proferir un nuevo fallo acorde a los lineamientos trazados en la jurisprudencia constitucional.

De igual forma, en la Sentencia T-251 de 2009 la Corte analizó en detalle las razones por las cuales la tesis del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de insubstancia en provisionalidad no es válida en perspectiva constitucional. Expuso las siguientes reflexiones que dada su relevancia es preciso transcribir *in extenso*:

“2.3.6. La divergencia de posiciones entre el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y la administrativa debe ser resuelta, por cuanto está generando una diferencia de trato, según los administradores de justicia acojan una u otra interpretación, diferencia que afecta entre otros derechos fundamentales, el de igualdad, por cuanto los ciudadanos no pueden, según el juez que conozca su caso, recibir un trato diverso. Así

mismo, esa diferencia sobre la motivación del acto, desconoce no sólo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.

La diferencia de interpretación entre los distintos tribunales, genera incertidumbre sobre la materialización y protección de los derechos de los asociados, en este caso de derechos fundamentales, por tanto debe resolverse, so pena de que el Estado resulte incumpliendo las obligaciones que ha contraído a nivel internacional y como tal resulte responsable por la violación del derecho a la protección judicial de que trata el artículo 25 de la mencionada Convención.

2.3.7. En este orden, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la doctrina constitucional que desde hace más de 11 años viene defendiendo la jurisdicción constitucional, según la cual la discrecionalidad de la administración no es arbitrariedad, razón por la que la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas vinculadas a cargos de carrera en provisionalidad es obligatoria en defensa derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

Para la Corte es claro que la obligación de motivación no surge del inciso 2 del artículo 125 de la Constitución, como lo entiende el Consejo de Estado en la providencia que se resumió en el numeral anterior, dado que tal norma fue concebida por el Constituyente para los funcionarios de carrera. No. La motivación de esa clase de actos surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición misma del Estado como un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, en ese orden, ha entendido la Corte que la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el nominador puede desvincular a un provisional, pero explicando las razones de su decisión.

2.3.8. En otros términos, la Corte ha sido clara en señalar que todo acto administrativo debe ser motivado así sea sumariamente, a excepción de aquellos que expresamente y por disposición legal están exceptuados de esta regla, actos entre los cuales no se encuentra la desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera (sentencia C-371 de 1999, SU-250 de 1998 y T-308 de 2008, entre otras).

El deber de motivación surge, entonces, de la sujeción de los órganos constituidos al derecho, motivación que no se suple con la posibilidad del ciudadano de acudir al contencioso para determinar la viabilidad de la desvinculación.

La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado.

La falta de motivación le resta al administrado la posibilidad de contradicción (sentencia T-308 de 2008). En consecuencia, no es leal para con el administrado que sólo conozca las razones de su desvinculación cuando demanda el acto ante la jurisdicción correspondiente. La motivación, en ese orden, permite erradicar, en principio, cualquier rasgo de arbitrariedad en la decisión, al tiempo que delimitará la controversia que se suscita entre la administración y el administrado.

En consecuencia, si bien le asiste la razón al Consejo de Estado cuando señala que el nombramiento en provisionalidad no convierte al funcionario en uno de carrera y que su nombramiento no tiene un sustento técnico; no la tiene cuando considera que la falta de motivación del acto de desvinculación no desconoce los principios y derechos que integran la Constitución, pues esa Corporación para llegar a tal conclusión deja de lado el análisis sistemático e integral que exige el texto constitucional.

Esta Corporación no desconoce el hecho cierto que, en estos casos, el nominador hace el respectivo nombramiento bajo el entendido que la persona designada podrá desempeñar en forma adecuada la función asignada, nombramiento que sólo atiende al cumplimiento de los requisitos

mínimos que se exigen para el desempeño de la función, por cuanto no se agota un sistema de selección objetiva, es decir, hace uso de su discrecionalidad para efectuar la designación respectiva. Sin embargo, el ejercicio de esa discrecionalidad no le confiere la facultad de ejercer su potestad de desvinculación sin que justifique o aduzca una razón para tal decisión. Esta motivación, es la que permite erradicar la arbitrariedad en el ejercicio de dicha atribución. A tiempo que le permitirá al servidor, conocer las razones de la decisión de la administración.

El que se pueda demandar el acto de desvinculación no impide exigir la motivación del acto, por cuanto lo que está en juego en estos casos, son principios caros al Estado de Derecho, con una alta repercusión e incidencia directa en los derechos fundamentales de los administrados.

2.3.9. Por tanto, la tesis del Consejo de Estado no puede ser acogida y como tal, corresponde a los jueces, sin importar la jurisdicción que estén ejerciendo, acatar la doctrina de la Corte Constitucional en el sentido de que los actos administrativos de desvinculación de un provisional que ejerce un cargo de carrera debe ser motivado.

En consecuencia, como la Corte Constitucional por disposición de la misma Constitución es la intérprete autorizada de sus normas (sentencias C-086 de 1995 y SU 640 de 1998, entre otras), y en ejercicio de esta función ha señalado en los últimos 11 años que la administración está obligada a motivar los actos de desvinculación de las personas que han accedido a la administración en forma provisional para ocupar un cargo de carrera, conclusión a la que arribó a partir de un análisis sistemático de la Constitución, hace que su interpretación sea la que deba prevalecer, tanto para la administración como para los jueces.

El efecto del desconocimiento de la doctrina de la Corte no puede ser otro que la revocatoria de las decisiones que la contraríen, por cuanto como se señaló en la sentencia SU-640 de 1998, el dejar sin efecto esas providencias se convierte en “el instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución”.

La abierta discrepancia que existe entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional necesariamente debe ser superada para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, así como para salvaguardar otros principios constitucionales no menos importantes como el de confianza legítima, la coherencia sistemática y la seguridad jurídica, lo que sólo ocurre mediante la procedencia de la tutela contra las providencias, y en este caso particular con la revisión y unificación de jurisprudencia por la Corte Constitucional.

Cabe precisar que en estos eventos la procedencia de la tutela no se explica porque el juez constitucional nunca se equivoque y los tribunales de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa si lo hagan, pues es claro que la infalibilidad no es propiamente una virtud humana. De hecho, una prueba de que la Corte Constitucional también yerra en sus decisiones es que algunas de sus sentencias han sido anuladas por la propia Corte, cuando por ejemplo advierte graves y trascendentales violaciones al debido proceso o cuando alguna de las salas de revisión ha desconocido la jurisprudencia de la Corte<sup>119</sup>.

Es necesario insistir en que lo que en realidad justifica la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales, en particular de las altas Corporaciones judiciales, es la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales; y ésta es la principal misión de la Corte Constitucional en sede de revisión de los fallos de tutela (art. 86 y 241-9 CP)<sup>120</sup>. Sólo de esta manera se ofrece a los ciudadanos cotas mínimas de seguridad jurídica y certeza del derecho, en la medida en que razonablemente pueden anticipar cuál será la respuesta jurídica a sus actos o ante la defraudación de las conductas que el ordenamiento censura<sup>121</sup>.

Refiriéndose a la Constitución Alemana de 1949, cuyas consideraciones son plenamente aplicables al caso colombiano, el profesor Otto Bachof explicaba que “el control de legalidad de la Administración implica hoy [en 1959], al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración; significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución”<sup>122</sup>. Y siguiendo estos lineamientos, la doctrina reciente ha reconocido que “si la Constitución es una norma [como en efecto lo es] de la que nacen los derechos y obligaciones en las más diversas esferas de la relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria”<sup>123</sup>. Así, “un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los litigios a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución”<sup>124</sup>.

En este sentido, la Corte tiene claro que el control de legalidad que se adelanta mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

comprende también un control de constitucionalidad, pues no puede afirmarse que el juez contencioso administrativo ejerce un control ajeno a la protección de los derechos fundamentales.

#### 6.3. La jurisprudencia del Consejo de Estado desconoce el precedente constitucional en detrimento de principios y derechos constitucionales

Cuando una autoridad judicial considera que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad y con fundamento en ello se abstiene de anular tales actos, se configura una causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales: el desconocimiento del precedente constitucional<sup>125</sup>. En efecto, en estos casos se desatiende de manera abierta la *ratio decidendi* de la jurisprudencia, por lo demás 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<sup>126</sup>.

A manera de ejemplo, en la Sentencia T-254 de 2006, antes referida, la Corte reconoció la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales en asuntos como los ahora cuestionados, precisando la siguiente regla jurisprudencial:

"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 la Corte. Lo anterior, pues al hacerlo (i) se desconoce indirectamente la Constitución y (ii) se deja de un lado el pronunciamiento del intérprete autorizado de la Carta (Corte Constitucional) quien a su vez, por la supremacía constitucional, es el órgano de cierre del sistema judicial colombiano".

En ese caso particular, de similares características a los ahora revisados, concluyó que se "desconoció el uniforme, claro y reiterado precedente jurisprudencial de tutela en materia necesidad de motivación para la 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 Consejo de Estado acarrea un desconocimiento indirecto de la Carta".

De igual forma, en la Sentencia T-410 de 2007, al revisar la decisión judicial en otro caso con los mismos presupuestos fácticos, la Corte concluyó que se desconoció el precedente constitucional, pues "de acuerdo con la regla jurisprudencial ya examinada, la Fiscalía incumplió con el deber de motivar el acto y el Tribunal Administrativo de Nariño con el de atender a esta circunstancia a la hora de fallar".

A esa conclusión también llegó la Corte en la Sentencia T-887 de 2007, cuando encontró que "el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela debido a que desconoció el precedente jurisprudencial sentado en numerosos y concordantes fallos de tutela en materia de violación del derecho de acceso a la justicia por la ausencia de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se desvinculan funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera".

Las sentencias 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 siguen el mismo razonamiento.

En suma, se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial, en franco desconocimiento de la *ratio decidendi* de la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional, considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho.

#### 7.- Alcance de la acción de tutela para controvertir los actos de retiro en provisionalidad cuando no han sido motivados

Habiendo precisado que el retiro de servidores vinculados en provisionalidad sin la motivación del acto vulnera derechos fundamentales y otros

preceptos de orden constitucional, la Corte debe examinar ahora cuál es el alcance de la acción de tutela, así como las medidas específicas que pueden ser adoptadas para asegurar directamente su protección por esta vía.

En su amplia jurisprudencia se han adoptado diversas medidas de acuerdo con las circunstancias y particularidades de cada caso. Algunas veces la Corte se ha limitado a ordenar la motivación del acto de insubstancia, 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<sup>127</sup>.

En otras ocasiones dispone que la Administración motive la insubstancia 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”<sup>128</sup>.

Así mismo, cuando la Corte constata la amenaza de un perjuicio irremediable, ha ordenado el reintegro transitorio del servidor público al cargo del cual fue retirado sin motivación alguna<sup>129</sup>, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa resuelva definitivamente la controversia. Incluso, en ciertas ocasiones, ha dejado sin efecto de manera definitiva el acto de retiro<sup>130</sup>.

En este punto la Corte encuentra necesario fijar algunas reglas que permitan a la Administración, a los ciudadanos y a los operadores jurídicos en general, determinar cuál es el alcance de la acción de tutela frente a los actos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad cuando son declarados insubstancial sin la previa motivación del acto. En todo caso la Corte advierte que las siguientes pautas no son nuevas en la jurisprudencia constitucional y de alguna manera ya han sido compiladas en otras oportunidades<sup>131</sup>, aun cuando la jurisprudencia reciente ha hecho algunas precisiones.

(i) La jurisprudencia ha sostenido que la existencia de otros mecanismos de defensa judicial no implica por sí misma que la tutela pueda ser decretada improcedente. Por ejemplo, en la Sentencia SU-961 de 1999 la Corte sostuvo lo siguiente:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder al tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”<sup>132</sup>.

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.

(ii) Ahora bien, cuando lo que se reclama es la nulidad del acto y el consecuente reintegro, en principio existe otro mecanismo de defensa judicial: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, como la presencia de otros mecanismos judiciales de defensa debe valorarse en cada caso concreto, atendiendo con su eficacia material y las circunstancias especiales de quien invoca el amparo, 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. En este sentido, la posibilidad de hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es incompatible ni excluye el ejercicio de la acción de tutela, lo cual se explica por las siguientes razones:

- La posición del Consejo de Estado, según la cual el nominador puede declarar la insubsistencia sin la obligación de hacer explícitas las razones para ello, ha sido abiertamente contraria a la postura sólida y reiterada que por más de una década ha sostenido la Corte Constitucional, según la cual existe un inexcusable deber de motivación de los actos de retiro.

- Esta abierta discrepancia trae como resultado previsible, con detrimento patrimonial del erario público, el trámite de procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa, en los que aun siendo evidente que el acto está viciado por la falta de motivación y por tanto da lugar a su nulidad, la reclamación sea nugatoria en tanto que no obtienen la protección concreta y el restablecimiento del derecho que se considera violado, debiendo entonces acudirse a la acción de tutela contra providencias judiciales, como en efecto ha ocurrido en los asuntos que ahora son objeto de revisión.

- Sumado a ello, resultaría inequitativo y desproporcionado exigir al ciudadano la activación y agotamiento del mecanismo judicial ordinario, puesto que frente al acto inmotivado de insubsistencia se halla impedido para controvertir ante el juez administrativo, con la plena garantía del debido proceso, las razones que llevaron al nominador a su desvinculación, en tanto que no las conoce al momento de iniciar la respectiva acción ordinaria. En tal medida, no dispone de todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para ejercer una plena defensa de sus derechos, precisamente ante la ausencia de motivación del acto de retiro.

Por lo anterior, la Sala estima que si bien el ciudadano tiene a su disposición la acción contencioso administrativa y puede hacer uso legítimo de ella, éste mecanismo judicial no resulta materialmente eficaz para la protección de sus derechos, lo que hace posible acudir al amparo constitucional como instrumento idóneo para asegurar la defensa de sus derechos por vía de tutela. En efecto, el administrado tiene derecho a conocer de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión, como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al Estado de derecho, al principio democrático y al principio de publicidad, por tratarse de una garantía mínima de control de la arbitrariedad de la administración.

## 8. Análisis de los casos concretos bajo revisión

Una vez reseñadas las consideraciones generales relevantes para los asuntos objeto de revisión, de conformidad con la delimitación de los problemas jurídicos y la metodología de análisis que fueron planteados, la Corte se ocupará, caso por caso, de las especificidades del primer grupo de demandantes (20 en total), quienes interpusieron acción de tutela contra las sentencias judiciales proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que instauraron ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante las cuales les negaron sus pretensiones de reintegro a las entidades, con el argumento de que los actos de insubsistencia de empleos de carrera en provisionalidad no requieren motivación alguna.

Posteriormente verificará de manera detallada, también caso por caso, el segundo grupo de demandantes (4 en total) que acudieron a la tutela directamente contra las entidades de las que fueron desvinculados sin motivación alguna para solicitar su reintegro, ya sea en forma definitiva o mientras la jurisdicción contencioso administrativa resuelve la controversia sobre la validez de los actos de retiro.

### 8.1. Tutelas contra las sentencias judiciales que negaron la nulidad de los actos de desvinculación

En este apartado la Sala Plena analizará si en cada uno de los casos objeto de revisión en los que los demandantes ejercen la acción de tutela contra las sentencias judiciales que desestimaron sus reclamaciones, se han cumplido o no los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

Así mismo examinará el cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia de acuerdo con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional en relación con el deber inexcusable de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

#### a. Requisitos generales de procedibilidad

##### (i) Relevancia constitucional

Es evidente que todos los asuntos objeto de revisión contienen una marcada relevancia constitucional por varias razones: (i) dado que se refieren a una presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, al haber sido desvinculados de las entidades en las que desempeñaban sus funciones mediante actos administrativos carentes de motivación; (ii) se involucra la vigencia de otros principios constitucionales como la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el de publicidad en las actuaciones de la administración; (iii) la situación descrita plantea una compleja problemática relacionada con la vinculación de los operadores jurídicos al precedente de la Corte Constitucional cuando en sentencias de tutela fija el alcance de los derechos fundamentales; por último, (iv) se hace necesario asegurar la existencia de recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos fundamentales.

(ii) Agotamiento de recursos

En todos los expedientes revisados los accionantes agotaron los medios de defensa judicial que tenían al alcance para la protección de sus derechos, cumpliendo así con el deber de desplegar todos los mecanismos ordinarios que el sistema jurídico les otorgaba para la defensa de los mismos.

Es así como dentro del término legal interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de insubstancia. En los expedientes T-2116104 (Lucas Arturo Pulido Guarnizo), T-2139736 (Gregorio Oviedo Oviedo), T-2155221 (Juan de Dios Pinto Seija), T-2188198 (Myriam Lizarazo Vargas), T-2190768 (Libardo de Jesús Mora Medina), T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón), T-2210469 (César Augusto Hernández Aguirre), T-2241166 (T-Jaime Enrique Niño López), T-2436474 (Oscar Arturo Escobar Torres) y T-2482380 (Santiago Rocha Zarta) los demandantes impugnaron los fallos por cuanto la sentencia les fue desfavorable.

En los expedientes T-2188416 (Octavio Mantilla Sáenz) y T-2217575 (Tito Díaz Algarín), los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de primera instancia fueron negados por improcedentes por cuanto a la fecha de su interposición se encontraba vigente la Ley 954 de 2005, que determina que los procesos cuya cuantía sea hasta de 100 salarios mínimos legales mensuales vigente, serán de única instancia.

(iii) Inmediatez

La mayoría de los actores cumple con el requisito de inmediatez (no todos), teniendo en cuenta que entre la fecha de la sentencia que se cuestiona y la fecha en que interpusieron la acción de tutela transcurrió un término que para la Corte resulta razonable y proporcionado.

- Es así como en los expedientes T-2180526 (Luis María Sierra Castilla), T-2188408 (Abel Antonio Piñeres Mejía), T-2188413 (José Gregorio Gutiérrez Alvarado), T-2210469 (César Augusto Hernández Aguirre), T-2442394 (José Ignacio Pineda Palencia) y T-2482383 (Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga), la acción de tutela fue presentada antes del mes siguiente a la fecha de expedición de la sentencia atacada.

- En los expedientes T-2123871 (Diana Yolima Niño Avendaño), T-2123824 (Gloria María Arias Arboleda), T-2155221 (Juan de Dios Pinto Seija); T-2436474 (Oscar Arturo Escobar Torres), T- 2482380 (Santiago Rocha Zarta) y T-2482404 (Pablo Alberto Villaveces Gelves), los accionantes presentaron la demanda dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de expedición de las providencias cuestionadas por vía de tutela.

- Por su parte, en los expedientes T-2116104 (Lucas Arturo Pulido Guarnizo), T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón), T-2139736 (Gregorio Oviedo Oviedo), T-2217575 (Tito Díaz Algarín) y T-2241166 (Jaime Enrique Niño López, si bien el tiempo transcurrido entre la fecha de expedición de las providencias y la presentación de la acción de tutela fue mayor, la demora encuentra justificación en la postura que sobre competencia había asumido el Consejo de Estado, en la tardanza para la expedición de copias por parte de los jueces de instancia o en la notificación de las providencias cuestionadas y el envío del expediente al Tribunal de origen, como se explica a continuación.

- En el expediente T-2116104 (Lucas Arturo Pulido Guarnizo) la fecha de la sentencia cuestionada es del 8 de noviembre de 2007 y la acción de tutela fue admitida sólo hasta el 13 de junio de 2008 y en el expediente T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón), siendo la fecha de la sentencia demandada el 7 de febrero de 2008, la acción fue admitida hasta el 25 de junio de 2008. Ello se explica por cuanto, habiendo sido presentadas las demandas de tutela ante el Consejo de Estado, estas fueron rechazadas por considerarlas improcedentes contra sentencia judicial, omitiendo su envío a la Corte Constitucional para revisión. Por tal motivo debieron presentarlas nuevamente ante otros despachos judiciales, invocando como fundamento el Auto 100 de 2008 dictado por la Corte Constitucional, en donde finalmente fueron admitidas.

- En el Expediente T-2139736 (Gregorio Oviedo Oviedo), en el que siendo la sentencia atacada de fecha 3 de agosto de 2006, la acción de tutela es interpuesta hasta el 25 de marzo de 2008. La demora en la solicitud del mecanismo constitucional se encuentra justificada por el actor, en primer lugar por cuanto la sentencia fue notificada por edicto que se fijó el 7 de diciembre de 2006 y se desfijó 12 de diciembre de 2006 (folio 74); y en segundo lugar, por cuanto dado el exilio que debió vivir el accionante en virtud de amenazas recibidas, según declaración rendida ante el Consulado General de Colombia en Montreal – Canadá (folio 97), tan sólo hasta el 18 de octubre de 2007, mediante apoderado judicial, radicó en el Tribunal de Cundinamarca memorial solicitando el desarchivo del expediente y copias auténticas del mismo (folio 75), las cuales fueron ordenadas mediante auto hasta el 14 de febrero de 2008 (folio 102).

- En el expediente T-2217575 (Tito Díaz Algarín) se encuentra que, siendo la fecha de la sentencia del 7 de octubre de 2005, la acción de tutela es interpuesta el 15 de octubre de 2008. La demora se encuentra justificada, en primer lugar por cuanto mediante auto de fecha 2 de febrero de 2006 el Tribunal niega el recurso de apelación contra la sentencia por tratarse de un proceso de única instancia en virtud de la cuantía; y en segundo lugar, por la demora del Tribunal para expedir las copias del expediente de nulidad. Reposa en el expediente copia de los memoriales radicados por el accionante en el Tribunal solicitando las copias del expediente de fecha 7 de abril de 2006, 20 de septiembre de 2006, 20 de febrero de 2007, 5 de julio de 2007, 5 de octubre de 2007 y 12 de marzo de 2008 (folios 65 a 70). Finalmente mediante auto de fecha septiembre 8 de 2008, dictado por el Tribunal, se ordena la expedición de las copias solicitadas por el actor (folio 71).

- En el expediente T-2241166 (Jaime Enrique Niño López) la fecha de la sentencia de segunda instancia fue proferida el 17 de mayo de 2007 y la acción de tutela se presentó el 6 de febrero de 2009. En este caso la demora se justifica en razón a que, de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, la sentencia cuestionada fue notificada por edicto que se fijó el 18 de enero de 2008 y se desfijo el 22 de enero de 2008 y el proceso fue remitido por el Consejo de Estado al Tribunal Administrativo del Meta, mediante oficio No. 1197 del 3 de abril de 2008 (folio 116).

- Otros, en cambio, no cumplieron con el requisito de la inmediatez, como es el caso del expediente T-2188198 (Myriam Lizarazo Vargas), en el que se encuentra que entre la fecha de la sentencia de segunda instancia que cuestiona por este mecanismo constitucional -2 de octubre de 2003- y la fecha de interposición de la acción de tutela -9 de junio de 2008-, transcurrieron casi cinco años de inactividad, sin que haya prueba alguna que demuestre que la peticionaria estuvo imposibilitada de hacer uso oportuno del amparo constitucional.

- Tampoco se satisfizo esta exigencia en el expediente T-2188416 (Octavio Mantilla Sáenz), pues entre la fecha de los fallos judiciales que cuestionan -10 de mayo y 16 de agosto de 2006- y la fecha en que presentó la tutela -21 de julio de 2008-, transcurrieron casi dos años de inactividad, sin que repose prueba que justifique la tardanza.

En síntesis, por incumplimiento del requisito de inmediatez, en los expedientes T-2188198 y T-2188416 la Corte confirmará las sentencias proferidas dentro las acciones de tutela que negaron los derechos invocados.

(iv) Irregularidad procesal

En razón a que los asuntos sometidos al análisis de la Corte se refieren a la falta de motivación de los actos administrativos de insubstancia, el requisito relacionado con la irregularidad procesal no es aplicable aunque el asunto de fondo sí cubre un tema relativo al debido proceso administrativo.

(v) Identificación de los hechos y derechos invocados y del fundamento de la afectación

En todos los casos los actores identificaron de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos invocados. Además, plantearon con claridad el fundamento de la violación de los derechos que imputan a la decisión judicial, al haber decidido en contravía de la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, los cuales además son coincidentes con las reclamaciones que fundamentaron las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

(vi) Tutela contra sentencias de tutela

No se trata de sentencias de tutela, por cuanto en la mayoría de los asuntos las providencias cuestionadas fueron proferidas por los Juzgados Administrativos, los Tribunales Contencioso Administrativo y por el Consejo de Estado, en el curso de los procesos contencioso administrativo iniciados por los actores para obtener la nulidad de los actos de insubstancia.

Sin embargo, la Corte encuentra que este requisito no se cumple en el caso del expediente T-2190768 (Libardo de Jesús Mora Medina), en el cual el actor presentó acción de tutela contra un fallo de tutela promovido con anterioridad. En efecto, en el presente asunto se observa que el 9 de octubre de 2008 el actor interpuso acción de tutela contra los fallos de primera y segunda instancia proferidos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por el Juzgado 10 Administrativo del Circuito de Bogotá y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que le fueron adversos a sus pretensiones y contra los proferidos dentro de la acción de tutela instaurada contra dichas providencias judiciales, por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A en primera instancia y en segunda instancia por la Sección Cuarta, en los cuales se le negó al actor la protección constitucional solicitada. Al resolver la presente acción de tutela, el Consejo de Estado negó también el amparo deprecado.

Al respecto es preciso señalar que en razón a que los fallos de tutela que se cuestionan fueron remitidos a la Corte Constitucional para su eventual revisión y excluidos de revisión bajo el expediente T-2047312, mediante auto de Sala de Selección No. 10 de octubre 9 de 2008, es incuestionable que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional quedando así las sentencias definitivamente en firme por decisión judicial de la Corte Constitucional sin que haya lugar a reabrir el debate sobre lo decidido<sup>133</sup>.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la acción de tutela objeto del presente proceso es improcedente porque se trata de fallos de tutela que no fueron objeto de revisión por no haber sido seleccionados y respecto de los que ha operado la cosa juzgada constitucional, la Sala Plena confirmará la decisión del juez de tutela de única instancia que negó la tutela solicitada.

b. Causal específica de procedencia de la acción de tutela: Desconocimiento del precedente constitucional

Precisado lo anterior y habiendo verificado los casos en los que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, corresponde a la Sala Plena determinar ahora si se ha configurado una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, teniendo en cuenta que los actores consideran que los despachos judiciales vulneraron sus derechos fundamentales al no declarar la nulidad de los actos administrativos de desvinculación dictados sin motivación alguna por encontrarse desempeñando cargos en provisionalidad.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los considerandos de la presente providencia, la Corte encuentra que las sentencias proferidas por los Juzgados Administrativos, los Tribunales contenciosos y el Consejo de Estado en las que se negó la nulidad de los actos administrativos de desvinculación de los actores y el correspondiente restablecimiento de sus derechos, incurrieron en un motivo de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales: el desconocimiento del precedente constitucional. En efecto, desconocieron el uniforme, claro y reiterado precedente jurisprudencial de tutela en materia de necesidad de motivación para la 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 hacía necesaria tal motivación, la posición asumida por los jueces de instancia acarrea un franco desconocimiento de la Carta Constitucional.

Como fue explicado anteriormente, en estos casos se desatiende de manera abierta la *ratio decidendi* de la jurisprudencia, por lo demás sólida, reiterada y uniforme, que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Carta Política. Por lo tanto, la decisión adoptada en el curso de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia de los peticionarios y, en esa medida, la acción de tutela resulta procedente para asegurar su protección efectiva.

c. Mecanismos de protección constitucional

Analizado lo anterior, queda por explorar cuáles son las herramientas que tiene a su alcance el juez de tutela para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando se hayan visto vulnerados por una autoridad judicial y específicamente en los casos asuntos bajo revisión.

(i) Medidas que el juez de tutela puede adoptar cuando los jueces ordinarios desconocen el precedente constitucional

Cuando la circunstancia descrita se presenta en una decisión judicial -desconocimiento del alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias-, el juez de tutela debe adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos conculcados, por supuesto siempre y cuando se haya verificado el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Para ello se observan varias alternativas a las cuales podría acudir dependiendo de las circunstancias que plantea el caso<sup>134</sup>:

- La primera hipótesis se presenta cuando en el proceso ordinario o ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional<sup>135</sup>.

Así ha procedido la Corte en algunas ocasiones frente a las decisiones judiciales relacionadas con actos de retiro sin motivación de servidores vinculados en provisionalidad. Por ejemplo, en la Sentencia T-170 de 2006 la Corte revocó el fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado y en su lugar declaró ejecutoriado el de la Subsección "B" de la Sección Segunda; este fallo, proferido antes de la unificación contraria a la jurisprudencia constitucional, había anulado el acto de retiro sin motivación de un empleado de Fiscalía General de la Nación vinculado en provisionalidad. En últimas, la Corte dejó en firme el reintegro así como el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir.

Igualmente, en la Sentencia T-891 de 2008, en un asunto de similares características, esta Corporación dejó sin efecto el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado y en su lugar declaró ejecutoriado el de primera instancia, en esa oportunidad dictado por el Tribunal Administrativo de Arauca, que en declaró la nulidad del acto y ordenó el reintegro de la peticionaria en aquel entonces.

- La segunda hipótesis se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.

La Corte así lo ha dispuesto también en algunos casos similares a los ahora revisados. Por ejemplo, en la Sentencia T-1112 de 2008 dejó sin efecto la sentencia dictada por un tribunal administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra la Fiscalía General de la Nación ante la insubsistencia de nombramiento en provisionalidad sin la motivación del acto. En su lugar, ordenó proferir un nuevo fallo en el que se tuvieran en cuenta las reglas fijadas por la Corte Constitucional.

Esta decisión también fue adoptada en las 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, en asuntos con supuestos fácticos semejantes. De ellas se destaca la reciente Sentencia T-736 de 2009, donde la Corte dejó sin efecto el fallo de un Tribunal Administrativo que denegó la nulidad de un acto de insubsistencia de un empleado de la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad, quien fue desvinculado sin la motivación del acto. Siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia, sostuvo de manera categórica lo siguiente:

"La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación". (Resaltado fuera de texto).

Fue así como la Sala Primera de Revisión de la Corte ordenó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferir una nueva sentencia conforme a los lineamientos jurisprudenciales antes mencionados, advirtiendo expresamente que el nuevo fallo "deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y los precedentes de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que han determinado que la ausencia de motivación de la declaración de insubsistencia de un nombramiento en un cargo de carrera, en provisionalidad, constituye una vulneración al debido proceso".

- Finalmente, la tercera hipótesis se presenta cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada.

En estos eventos el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe tomar 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 a la administración de justicia en condiciones de igualdad<sup>136</sup>.

(ii) Análisis frente a los casos objeto de revisión. Sentencia sustitutiva o de reemplazo

En los asuntos que ahora son objeto de examen, la Corte considera que en varios de ellos es posible acudir a la primera hipótesis arriba descrita, por cuanto algunas de las decisiones de instancia acogieron los precedentes de la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, debe dejar en firme las decisiones que declararon la nulidad de los actos y ordenaron el restablecimiento de los derechos de los peticionarios.

No obstante, en los casos en los cuales ninguna de las decisiones de instancia fue respetuosa de la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que no es viable ordenar que se profiera un nuevo fallo (segunda hipótesis), sino que la única alternativa realmente idónea consiste en proceder directamente a dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo (tercera hipótesis), pues sólo de esta manera se ofrece un recurso judicial que asegure la protección oportuna, real y efectiva de los derechos fundamentales vulnerados. Lo anterior teniendo en cuenta, además de los lineamientos generales señalados, las excepcionales circunstancias que a continuación se describen.

- En primer lugar, la sentencia de reemplazo se explica porque existen antecedentes que demuestran la negativa del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, lo que hace necesario explorar nuevas alternativas para proteger sin más traumatismos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por ejemplo, en la Sentencia T-902 de 2005 la Corte dejó sin efecto el fallo dictado por el Consejo de Estado en el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho promovido por la señora Rosario Bedoya contra la Empresa Colombiana de Vías Férreas -FERROVÍAS-, y ordenó proferir una nueva decisión ajustada a los parámetros allí señalados.

La Corporación dictó un nuevo fallo en el que se negó de manera sistemática a atender los parámetros fijados por la Corte Constitucional, lo que obligó a la Corte a dictar los Autos 249 de 2006 y 045 de 2007, en el último de los cuales se ordenó directamente al Liquidador de la Empresa Colombiana de Vías Férreas reintegrar a la peticionaria al cargo que ocupaba al momento de retiro sin solución de continuidad.

- En segundo lugar, la sentencia de reemplazo en esta oportunidad se justifica porque el Consejo de Estado ha sido renuente a atender el llamado de la Corte Constitucional para el cumplimiento de fallos de tutela relacionados específicamente con la motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad.

En efecto, en la Sentencia T-254 de 2006 la Corte revisó el caso de un funcionario del Ministerio del Interior y de Justicia nombrado en provisionalidad, quien fue desvinculado sin que el acto de retiro hubiere sido motivado; el ciudadano demandó la nulidad y el restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero sus pretensiones fueron desestimadas en primera instancia y luego en segunda instancia en el Consejo de Estado. Presentó entonces acción de tutela contra dichas providencias. En sede de revisión la Corte Constitucional reiteró que en numerosas oportunidades se ha pronunciado sobre la materia, de modo que "el problema jurídico consistente en si la falta de motivación constituye o no una vulneración del debido proceso administrativo ya fue solucionado en forma definitiva por la Corte como órgano de cierre del ordenamiento jurídico colombiano". En consecuencia, amparó los derechos invocados, dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia y ordenó al Consejo de Estado dictar un nuevo fallo acorde a los lineamientos trazados en la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, el Consejo de Estado se abstuvo de emitir una nueva decisión y por el contrario reiteró lo decidido con anterioridad. Puntualmente

resolvió:

*"PRIMERO. Abstenerse de proferir una nueva decisión sobre la demanda presentada por el señor SEVERO ACOSTA TARAZONA.*

*SEGUNDO. Estarse a lo resuelto en la sentencia proferida el 17 de febrero de 2.005 por la Subsección "A" de la Sección Segunda de esta corporación y mantener en su integridad la decisión en ella contenida, por medio de la cual se confirmó la sentencia del 21 de marzo de 2.003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda del señor SEVERO ACOSTA TARAZONA".*

Como en decisiones posteriores el Consejo de Estado mantuvo su negativa a acatar el fallo de la Corte Constitucional, ésta Corporación se vio compelida a intervenir directamente mediante el Auto 235 de 2008, con el propósito de asegurar el cumplimiento de la Sentencia T-902 de 2005, aun cuando la orden entonces proferida<sup>137</sup> tuvo una variable frente a la que se planteará en esta oportunidad.

De la misma forma, conviene mencionar que en fallos recientes el Consejo de Estado ha insistido en esta postura jurisprudencial<sup>138</sup>, con lo cual se reafirma la necesaria intervención del juez de tutela.

- En tercer lugar, la Corte considera que la sentencia de reemplazo atiende el llamado hecho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para brindar a toda persona un *recurso judicial efectivo* que asegure la protección de sus derechos fundamentales, como expresamente lo ordenan el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>139</sup> y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>140</sup>.

Recuérdese que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado al Estado Colombiano responsable por el incumplimiento de las sentencias de tutela contra providencias judiciales, en particular cuando no se adoptan las medidas para asegurar la observancia de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional.

Al respecto es preciso hacer mención al Informe de Derechos Humanos núm. 44 de 2008, en relación con el caso 12.448 (Sergio Emilio Cadena Antolínez vs. Colombia), donde la Comisión Interamericana consideró que Colombia incumplió el mandato del artículo 25 de la Convención. El señor Cadena Antolínez acudió ante la jurisdicción ordinaria para obtener el reconocimiento de una prestación social; como su reclamación fue desfavorable ejerció la acción de tutela contra las providencias judiciales, donde finalmente la Corte Constitucional amparó sus derechos en sede de revisión (Sentencia SU-1185 de 2001). A pesar de esto, luego de varios años de trasegar por diferentes despachos no había materializado sus derechos, entre otras razones por la negativa de la Corte Suprema de Justicia a cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional<sup>141</sup>. Fue por ello por lo que la Comisión Interamericana recomendó al Estado Colombiano "adoptar las medidas necesarias para evitar la vulneración futura del derecho a la protección judicial consagrado en la Convención Americana, de conformidad con el deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana".

La anterior recomendación ha llevado a las autoridades a adoptar medidas adicionales para asegurar la eficacia de las sentencias de tutela dictadas en sede de revisión. En este sentido conviene mencionar que en el Informe de Derechos Humanos del año 2009, la Comisión Interamericana declaró el cumplimiento de las recomendaciones y destacó avances significativos en la materia. En concreto, hizo referencia al Auto 100 de 2008, a la modificación del reglamento de la Corte Constitucional -que exige plantear ante la Sala Plena los asuntos de tutela contra sentencias de las altas cortes-, así como la decisión autónoma de la Corte Suprema de Justicia (Salas de Casación Penal y Laboral) de remitir a la Corte Constitucional las providencias dictadas en sede de tutela<sup>142</sup>.

- En cuarto lugar, la sentencia de reemplazo tiene cabida porque en estos casos la única alternativa que queda a los jueces de instancia es anular los actos administrativos que no fueron motivados y en consecuencia proceder al restablecimiento de los derechos afectados -como ya fue explicado dichos actos están viciados de nulidad precisamente por su falta de motivación-. Por lo tanto, la sentencia de reemplazo se erige en el *recurso judicial efectivo* para asegurar la inmediata protección de los derechos afectados tanto por la administración como por los jueces de instancia, pues de lo contrario los accionantes se verían avocados a un innecesario e incierto peregrinar por otras instancias judiciales cuando es claro que les asiste pleno derecho.

- En quinto lugar, debe anotarse que existen precedentes en los cuales, ante la renuencia al cumplimiento de sus fallos por parte de autoridades judiciales, la Corte Constitucional ha intervenido directamente para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales, ya sea al proferir la sentencia sustitutiva en sede de revisión de tutela, o bien con posterioridad para garantizar el cumplimiento efectivo de sus sentencias.

En sede de revisión sobresale la Sentencia T-951 de 2003. En esta oportunidad la Sala Octava de la Corte declaró la nulidad constitucional de los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se negaron a reconocer el derecho a la pensión de invalidez por origen no profesional a un discapacitado. En su lugar, profirió sentencia de reemplazo y ordenó directamente al Instituto de Seguros Sociales conceder la prestación a la que tenía derecho desde el 1º de abril de 1994.

De otra parte, en caso de incumplimiento de sus sentencias de tutela, la Corte ha dictado algunos autos con miras a reemplazar las decisiones de instancia<sup>143</sup>. Por ejemplo, en el Auto 141B de 2004, ante la negativa de la Corte Suprema de Justicia a cumplir la Sentencia SU-120 de 2003, esta Corporación ordenó al Banco Cafetero (BANCAFE) y a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (en Liquidación) proceder a la indexación de la primera mesada pensional de varios jubilados.

De igual forma, en el Auto 085 de 2005 la Corte ordenó a la Corporación Financiera de Desarrollo (CORFIDESARROLLO S.A.) que procediera "a liquidar la pensión de jubilación del señor (...) de conformidad con lo establecido en la sentencia T-663 de 2003, y a pagar las sumas dejadas de percibir por la omisión en el reajuste de las mesadas pensionales pagadas".

En este orden de ideas, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que en algunos de los asuntos objeto de revisión no existe alternativa distinta a proferir sentencia sustitutiva o de reemplazo. Lo anterior, (i) con miras a garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales prevista en el artículo 86 de la Constitución, en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (ii) atendiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente al cumplimiento de sentencias de tutela; (iii) teniendo en cuenta la postura que sobre la motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad y el cumplimiento de los fallos de tutela ha adoptado en forma reiterada la Sección Segunda del Consejo de Estado; (iv) debido a que la única alternativa es anular los actos administrativos que no fueron motivados y proceder al restablecimiento de los derechos afectados; y (v) porque en últimas esta es la decisión menos lesiva para la responsabilidad del Estado Colombiano y más garantista para quienes han visto afectados sus derechos.

En consecuencia, en esos asuntos la Corte declarará la nulidad de los actos de insubstancia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes<sup>144</sup> y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Cabe advertir que lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.

Así mismo, los reintegros ordenados sólo serán procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hayan sido provistos 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 concurso.

## 8.2. Acciones de tutela interpuestas directamente contra las entidades que profirieron los actos de desvinculación

En relación con el segundo grupo de demandantes, que acudieron a la acción de tutela directamente contra las entidades que los desvincularon mediante actos administrativos sin motivación alguna, la Corte observa que en todas ellas pretenden el reintegro a sus cargos ante la imposibilidad de conocer las razones que motivaron su retiro. Desde esta perspectiva se tiene lo siguiente:

a. Expediente T-2180822 (Isabel Linero Gómez)

La señora Isabel Linero Gómez interpuso acción de tutela contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, al estimar lesionados sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, a la protección a la madre cabeza de familia, al mínimo vital en conexidad con la seguridad social y a los derechos de los niños, por haber sido declarada insubstante sin ninguna motivación del cargo de carrera administrativa de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera, mediante la Resolución No. 033 del 31 de marzo de 2008 proferida por la Contralora Distrital de Santa Marta, para el cual fue nombrada en provisionalidad el 11 de septiembre de 2006 habiendo ingresado a la entidad el 15 de marzo de 2001.

No obstante que según la certificación suscrita por la Juez Séptima Administrativa de Santa Marta la accionante presentó oportunamente acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Contraloría Distrital de Santa Marta (folio 184), para obtener el reintegro a la entidad que la declaró insubstante, solicita en la presente acción la protección como mecanismo transitorio, con el fin de que se restablezcan sus derechos fundamentales y se ordene su reintegro en el cargo que desempeñaba sin solución de continuidad, el pago de los salarios, prestaciones sociales y de los aportes en salud y pensiones dejados de realizar desde el momento en que fue retirada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala encuentra que en este caso es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de sus derechos fundamentales. En este sentido, el hecho de haber activado la jurisdicción de lo contencioso administrativo no excluye ni es incompatible con la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela.

Determinada la procedencia de la tutela en el presente caso, la Sala entra a verificar si la entidad accionada vulneró el derecho fundamental de la accionante al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, al haberla declarado insubstante del cargo que venía desempeñando en la Contraloría Distrital de Santa Marta, sin mediar una explicación de las razones que llevaron a la entidad a tomar tal determinación.

Atendiendo las pruebas obrantes en el proceso y según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Isabel Linero Gómez por parte de la entidad accionada, en razón a la falta de motivación del acto que la declaró insubstante, toda vez que, como quedó suficientemente explicado en las consideraciones de la presente providencia, le asiste el derecho de saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión: (i) como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; (ii) el deber general de motivar los actos administrativos; (iii) la posibilidad que le asiste a los administrados de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejercen un cargo en provisionalidad; (iv) el derecho que le asiste a quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad de motivar el acto de insubstancia, como garantía mínima del derecho fundamental al debido proceso y del control de la arbitrariedad de la administración, a diferencia de quienes ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para los cuales tiene cabida la excepción de la motivación del acto de retiro.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo de segunda instancia que negó la tutela promovida por la accionante contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar concederá como mecanismo definitivo la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, para lo cual declarará la nulidad del acto administrativo de insubstancia y a título de restablecimiento del derecho se ordenará su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro.

b. Expediente T-2189945 (Carlos Arturo Marín Perea).

El señor Carlos Arturo Marín Perea instauró acción de tutela contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital, a los derechos fundamentales de los niños y a la protección especial del padre cabeza de familia, por haber sido declarado insubstante sin motivación alguna del cargo de carrera de Jefe de la Oficina de Control Fiscal, mediante Resolución No. 032 del 31 de marzo de 2008, proferida por la Contralora Distrital de Santa Marta, para el cual fue nombrado en provisionalidad el 11 de septiembre de 2006 habiendo ingresado a la entidad el 15 de agosto de 2003.

No obstante que según la certificación expedida por la Secretaría del Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta (folio 169) y con base en las

afirmaciones del apoderado judicial de la Contraloría Distrital de Santa Marta (folios 167 y 168), el accionante instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se solicitó como pretensión principal la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia y consecuencialmente el reintegro al cargo que venía desempeñando, acude a este mecanismo con el objeto de que se amparen transitoriamente los derechos fundamentales invocados y además, sea reintegrado sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando en la entidad demandada, así como el pago de los salarios, de los aportes en salud y pensiones dejados de percibir a partir del momento en que fue desvinculado.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala encuentra que en este caso es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de sus derechos fundamentales. En este sentido, el hecho de haber activado la jurisdicción de lo contencioso administrativo no excluye ni es incompatible con la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela.

Determinada la procedencia de la tutela en el presente caso, la Sala entra a verificar si la entidad accionada vulneró el derecho fundamental del accionante al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, al haberlo declarado insubsistente del cargo que venía desempeñando en la Contraloría Distrital de Santa Marta, sin mediar una explicación de las razones que llevaron a la entidad a tomar tal determinación.

Atendiendo las pruebas obrantes en el proceso y según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales del señor Carlos Arturo Marín Perea por parte de la entidad accionada, en razón a la falta de motivación del acto que lo declaró insubsistente, toda vez que, como quedó suficientemente explicado en las consideraciones de la presente providencia, le asiste el derecho de saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión: (i) como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; (ii) el deber general de motivar los actos administrativos; (iii) la posibilidad que le asiste a los administrados de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejercen un cargo en provisionalidad; (iv) el derecho que le asiste a quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad de motivar el acto de insubsistencia, como garantía mínima del derecho fundamental al debido proceso y del control de la arbitrariedad de la administración, a diferencia de quienes ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para los cuales tiene cabida la excepción de la motivación del acto de retiro.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo de segunda instancia que negó la tutela promovida por el accionante contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar concederá como mecanismo definitivo la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, para lo cual declarará la nulidad del acto administrativo de insubsistencia y a título de restablecimiento del derecho ordenará su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro.

c. Expediente T-2259171 (Elena Patricia Cárdenas)

La señora Elena Patricia Cárdenas Díaz interpuso acción de tutela en contra de la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini del municipio de El Carmen de Bolívar, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al trabajo, a la integridad del núcleo familiar, a la salud, a la educación, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso por haber sido declarada insubsistente sin motivación del acto a través de la resolución número 214 del 21 de julio de 2008, proferida por el Gerente de la Empresa Social del cargo de carrera de auxiliar de enfermería, para el cual fue nombrada en provisionalidad y posesionada a partir del 11 de febrero de 2005.

No obstante que la accionante instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena (folio 27), solicita que, como mecanismo transitorio, se ordene a la entidad accionada suspender o dejar sin efectos el acto administrativo que la declaró insubsistente, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa resuelva la acción contenciosa impetrada contra la resolución aludida.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala encuentra que en este caso es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de sus derechos fundamentales. En este sentido, el hecho de haber activado la jurisdicción de lo contencioso administrativo no excluye ni es incompatible con la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela.

Determinada la procedencia de la tutela en el presente caso, la Sala entra a verificar si la entidad accionada vulneró el derecho fundamental de la accionante al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, al haberla declarado insubsistente del cargo que venía desempeñando en la E.S.E. Centro de Salud Giovanni Cristini del municipio de El Carmen de Bolívar, sin mediar una explicación de las razones que llevaron a la entidad a tomar tal determinación.

Atendiendo las pruebas obrantes en el proceso y según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Elena Patricia Cárdenas por parte de la entidad accionada, en razón a la falta de motivación del acto que la declaró insubsistente, toda vez que, como quedó suficientemente explicado en las consideraciones de la presente providencia, le asiste el derecho de saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión: (i) como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; (ii) el deber general de motivar los actos administrativos; (iii) la posibilidad que le asiste a los administrados de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejercen un cargo en provisionalidad; (iv) el derecho que le asiste a quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad de motivar el acto de insubsistencia, como garantía mínima del derecho fundamental al debido proceso y del control de la arbitrariedad de la administración, a diferencia de quienes ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para los cuales tiene cabida la excepción de la motivación del acto de retiro.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo de segunda instancia que negó la tutela promovida por la accionante contra la ESE Centro de Salud Giovanni Cristini del Municipio de El Carmen de Bolívar, y en su lugar concederá como mecanismo definitivo la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, para lo cual declarará la nulidad del acto administrativo de insubsistencia y a título de restablecimiento del derecho se ordenará su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro.

d. Expediente T-2180541 (Jorge Cañedo de la Hoz)

El señor Jorge Cañedo de la Hoz inició el trámite de la presente acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, al buen nombre, a la familia, al derecho de los niños, al trabajo, a la estabilidad laboral, al debido proceso y al mínimo vital, al haber sido declarado insubsistente del cargo de carrera de Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz de Medellín, mediante Resolución No. 0-5437 del 5 de septiembre de 2008 proferida por el Fiscal General de la Nación, para el cual fue nombrado en provisionalidad el 18 de junio de 2004 y posesionado el 1º de julio del mismo año.

Aun cuando a primera vista la situación descrita es comparable con la de los demás accionantes, la Sala encuentra un ingrediente adicional que marca una profunda diferencia con dichos asuntos y torna improcedente el amparo solicitado. En efecto, de acuerdo con la información remitida a la Corte Constitucional por la Corte Suprema de Justicia<sup>145</sup>, el señor Jorge Cañedo de la Hoz registra las siguientes condenas penales:

(i) Mediante sentencia del 2 de marzo de 2009 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo declaró penalmente responsable como autor de la conducta punible de prevaricato por acción, realizada cuando se desempeñó como Fiscal Quinto Delegado ante el Tribunal Superior de Medellín. En consecuencia, lo condenó a las penas principales de 44 meses de prisión, multa de 69 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2005 e inhabilitación de derechos y funciones públicas durante un término de 65 meses<sup>146</sup>.

(ii) Mediante sentencia del 22 de abril de 2009 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo declaró penalmente responsable como autor de la conducta punible de prevaricato por acción al cual fue llamado a juicio. En consecuencia, lo condenó a las penas principales de 40 meses de prisión, multa de 54 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2005 e inhabilitación de derechos y funciones públicas durante un término de 64 meses<sup>147</sup>.

Como es fácil de advertir, estas circunstancias hacen jurídicamente imposible que la Corte conceda el amparo invocado, toda vez que existen dos sentencias de condena penal, relacionadas precisamente con su desempeño como servidor público, que por lo demás lo inhabilitan para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En este orden de ideas, la Sala confirmará las decisiones de instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia.

### 8.3. Órdenes concretas a proferir en cada uno de los expedientes

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena procederá a impartir las siguientes órdenes:

a. En relación con las acciones de tutela contra las providencias judiciales que negaron la nulidad de los actos de desvinculación

- En el expediente T-2116104 (Lucas Arturo Pulido Guarnizo), revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, el 13 de agosto de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 17 de marzo de 2006, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "B", el 7 de noviembre de 2007. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 0-0629 del 27 de marzo de 2003 por medio de la cual se declaró insubstancial el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Fiscalía General de la Nación el reintegro del señor Lucas Arturo Pulido Guarnizo al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2123871 (Diana Yolima Niño Avendaño), revocará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 19 de septiembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", el 22 de mayo de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y en su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bogotá, el 3 de octubre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubstancialidad y ordenó el reintegro de la accionante en las condiciones allí dispuestas.

- En el expediente T-2123824 (Gloria María Arias Arboleda), revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 4 de septiembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", el 6 de marzo de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y en su lugar confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, el 10 de diciembre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubstancialidad y ordenó el reintegro de la actora en las condiciones allí dispuestas.

- En el expediente T-2139736 (Gregorio Oviedo Oviedo), revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 23 de octubre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de agosto de 2004, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "A", el 3 de agosto de 2006. En su lugar declarará la nulidad de la resolución No. 0-1221 del 10 de agosto de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Fiscalía General de la Nación el reintegro del señor Gregorio Oviedo Oviedo al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2155221 (Juan de Dios Pinto Seija) revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 30 de octubre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá, el 1 de junio de 2007, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", el 10 de abril de 2008. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 0-2270 del 4 de noviembre de 2003, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Fiscalía General de la Nación el reintegro del señor Juan de Dios Pinto Seija al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2180526 (Luís María Sierra Castilla) revocará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de noviembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 2 de octubre de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, el 27 de marzo de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

- En el expediente T-2188198 (Myriam Lizarazo Vargas) confirmará la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 27 de noviembre de 2008, que negó la tutela promovida contra las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", el 26 de abril de 2002, y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", el 2 de octubre de 2003, en razón a que no cumplió con el requisito de inmediatez.

- En el expediente T-2188408 (Abel Antonio Piñeres Mejía) revocará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", el 26 de noviembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 23 de octubre de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, el 14 de noviembre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

- En el expediente T-2188413 (José Gregorio Gutiérrez Alvarado) revocará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado,

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 26 de noviembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 2 de octubre de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, el 27 de marzo de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubstancia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas, hasta tanto se provea el cargo por el sistema de concurso.

- En el expediente T-2188416 (Octavio Mantilla Sáenz) confirmará la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, que negó la tutela promovida en contra del Tribunal Administrativo de Atlántico el 10 de mayo de 2006, en razón a que no cumplió con el requisito de inmediatez.

- En el expediente T-2190768 (Libardo de Jesús Mora Medina), confirmará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta el 14 de marzo de 2008, que negó la tutela promovida contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Juzgado Décimo Administrativo de Bogotá y las proferidas dentro de la acción de tutela por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" y Sección Cuarta, por no haber cumplido con el requisito de procedibilidad relacionado con la exigencia de no tratarse de acciones de tutela contra fallos de tutela.

- En el expediente T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón), una vez verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la presente acción de tutela y habiendo precisado que este mecanismo constitucional resulta procedente para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia del actor que han sido vulnerados por las decisiones judiciales cuestionadas, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la mejor manera de garantizar la protección efectiva de sus derechos fundamentales, es proponiendo sentencia sustitutiva o de reemplazo, para lo cual declarará la nulidad del acto administrativo de insubstancia.

En consecuencia, revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1º de octubre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

No obstante, en virtud de la extinción de la Comisión Nacional de Regalías, el restablecimiento del derecho sólo podrá otorgarse en forma limitada, ordenando únicamente el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el momento en que se produjo la liquidación de la entidad y por ende su extinción, pero no podrá ordenar el reintegro ya que este es improcedente ante la inexistencia misma de la entidad.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 149 de 2004 publicado el 27 de enero del mismo año, el Gobierno Nacional en desarrollo del plan de renovación de la estructura de la Administración Pública Nacional, suprimió la Comisión Nacional de Regalías y ordenó su liquidación en un plazo de 1 año que fue prorrogado por el Decreto 71 de 2005 por el término de 5 meses y 3 días contados a partir del 27 de enero de 2005. Las funciones asignadas a la Comisión se trasladaron al Departamento Nacional de Planeación con el fin de fortalecer la función de control y vigilancia.

En acatamiento de lo establecido en el artículo 36 del Decreto Ley 254 de 2000 y en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 149 de 2004, el liquidador presentó al Departamento Nacional de Planeación el 30 de junio de 2005 el Acta y el Informe Final de liquidación y mediante Resolución No. 122 de 2005 que fue publicada en el Diario Oficial No. 45.983 del 28 julio de 2005, declaró terminado a partir del 30 de junio de 2005 el proceso de liquidación y por tanto, a partir de esa fecha finalizó la existencia jurídica de la entidad.

Por disposición del artículo 11 del Decreto 149 de 2004, al vencimiento del término de liquidación, quedaron automáticamente suprimidos los cargos existentes y de conformidad con el artículo 14 de la misma disposición, el Departamento Nacional de Planeación asumirá "la totalidad de

*los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos."*

Si bien, dentro de los procesos de reestructuración de las entidades públicas la administración está en la obligación de obrar con la mayor diligencia con miras a salvaguardar al máximo los derechos e intereses legítimos de los trabajadores en especial de aquellos que gozan de protección laboral reforzada por sus especiales condiciones de debilidad manifiesta, esta obligación no es absoluta y solo puede ser extendida mientras estuviese vigente el proceso liquidatorio de la entidad. Una vez culminado éste y extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir.<sup>148</sup> Así, habiéndose extinguido la entidad por la supresión y su posterior liquidación, el reintegro es improcedente, puesto que no existen posibilidades fácticas y jurídicas de hacerlo, en tanto que tal medida presupone la existencia misma de la empresa y además por cuanto el cargo que ocupaba fue suprimido al vencimiento del término de liquidación.

Es de anotar que en estos casos no procede tampoco el pago de una indemnización o la incorporación a un empleo equivalente, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 149 de 2004, en concordancia con lo consagrado en la Ley 443 de 1998 y los Decretos Reglamentarios 1572 de 1998, 1173 de 1999 y 1568 de 1999, esta figura solamente es aplicable a los empleados públicos de carrera a quienes se les suprime el cargo en virtud de los procesos de modernización de las entidades públicas.

En consecuencia, la Corte dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección "D" el 23 de diciembre de 2004 y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" el 7 de febrero de 2008. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 003 del 10 de enero de 2003 proferida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial - Comisión Nacional de Regalías, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Departamento Nacional de Planeación el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando se produjo la liquidación definitiva de la Comisión Nacional de Regalías, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2210469 (César Augusto Hernández Aguirre) revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 29 de enero de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo de Ibagué, el 25 de marzo de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 19 de agosto de 2008. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 0-1597 del 22 de abril de 2005 proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Fiscalía General de la Nación el reintegro del señor César Augusto Hernández Aguirre al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2217575 (Tito Díaz Algarín) revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 23 de enero de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en única instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 7 de octubre de 2005. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No.0-1563 del 23 de octubre de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Fiscalía General de la Nación el reintegro del señor Tito Díaz Algarín al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2241166 (Jaime Enrique Niño López) revocará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 25 de febrero de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Meta, el 27 de abril de 2004, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", el 17 de mayo de 2007. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 0-0255 del 4 de febrero de 1997, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Fiscalía General de la Nación el reintegro del señor Jaime Enrique Niño López al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2436474 (Oscar Arturo Escobar Torres) revocará la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", el 30 de julio de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, el 8 de noviembre de 2007, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 28 de mayo de 2009. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 1271 del 29 de abril de 2003, proferida por el Secretario de Educación Distrital, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Secretaría de Educación Distrital el reintegro del señor Oscar Arturo Escobar Torres al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2442394 (José Ignacio Pineda Palencia) revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de agosto de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Decisión No. 1, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Decisión No. 1, el 12 de mayo de 2009, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el 7 de mayo de 2008, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

- En el expediente T-2482380 (Santiago Rocha Zarta) revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 30 de septiembre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá, el 20 de febrero de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 26 de marzo de 2009. En su lugar declarará la nulidad de la Resolución No. 001 del 22 de febrero de 1999, proferida por el Presidente de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el reintegro del señor Santiago Rocha Zarta al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que

ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2482383 (Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga) revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 15 de octubre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 25 de junio de 2009, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, el 19 de diciembre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

- En el expediente T-2482404 (Pablo Alberto Villaveces Gelves), revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 30 de septiembre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, el 26 de marzo de 2009, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bucaramanga el 29 de junio de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

b. En relación con las acciones de tutela presentadas directamente contra las entidades que declararon la insubsistencia sin motivación del acto

- En el expediente T-2180822 (Isabel Linero Gómez), revocará el fallo de segunda instancia, proferido el 24 de octubre de 2008, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta que negó la tutela promovida por la señora Isabel Linero Gómez contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, declarará la nulidad de la Resolución No. 033 del 31 de marzo de 2008 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Contraloría Distrital de Santa Marta su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2189945 (Carlos Arturo Marín Perea), revocará el fallo de segunda instancia, proferido el 20 de noviembre de 2008, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta que negó la tutela promovida por el señor Carlos Arturo Marín Perea contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, declarará la nulidad de la Resolución No. 032 del 31 de marzo de 2008 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Contraloría Distrital de Santa Marta su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el expediente T-2259171 (Elena Patricia Cárdenas Díaz), revocará el fallo de segunda instancia, proferido el 24 de marzo de 2009, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar que negó la tutela promovida por la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz contra la ESE

Centro de Salud Giovanni Cristini de El Carmen de Bolívar y en su lugar concederá la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, declarará la nulidad de la Resolución No. 214 del 21 de julio de 2008 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la ESE Centro de Salud Giovanni Cristini su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

- En el Expediente T-2180541 (Jorge Cañedo de la Hoz), confirmará el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta que negó la tutela promovida por el actor contra la Fiscalía General de la Nación, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

#### IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en los asuntos de la referencia.

SEGUNDO. REVOCAR en el expediente T-2116104 (Lucas Arturo Pulido Guarnizo) la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, el 13 de agosto de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 17 de marzo de 2006, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "B", el 7 de noviembre de 2007. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 0-0629 del 27 de marzo de 2003, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor Lucas Arturo Pulido Guarnizo al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

TERCERO. REVOCAR en el expediente T-2123871 (Diana Yolima Niño Avendaño) la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 19 de septiembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", el 22 de mayo de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bogotá, el 3 de octubre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro de la accionante en las condiciones allí dispuestas.

CUARTO. REVOCAR en el expediente T-2123824 (Gloria María Arias Arboleda) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 4 de septiembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", el 6 de marzo de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle el 10 de diciembre de 2007 que declaró la nulidad del acto de insubstancia y ordenó el reintegro de la actora en las condiciones allí dispuestas.

QUINTO. REVOCAR en el expediente T-2139736 (Gregorio Oviedo Oviedo) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 23 de octubre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de agosto de 2004, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", el 3 de agosto de 2006. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la resolución No. 0-1221 del 10 de agosto de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró insubstancial el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor Gregorio Oviedo Oviedo al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

SEXTO. REVOCAR en el expediente T-2155221 (Juan de Dios Pinto Seija) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 30 de octubre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá, el 1 de junio de 2007, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", el 10 de abril de 2008. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 0-2270 del 4 de noviembre de 2003, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró insubstancial el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor Juan de Dios Pinto Seija al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

SÉPTIMO. REVOCAR en el expediente T-2180526 (Luís María Sierra Castilla) la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, el 13 de noviembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 2 de octubre de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, el 27 de marzo de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubstancia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

OCTAVO. CONFIRMAR en el expediente T-2180541 (Jorge Cañedo de la Hoz), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el

fallo proferido en segunda instancia, el 11 de diciembre de 2008, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que negó la tutela promovida por el accionante contra la Fiscalía General de la Nación.

NOVENO. REVOCAR en el expediente T-2180822 (Isabel Linero Gómez), el fallo de segunda instancia, proferido el 24 de octubre de 2008, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta que negó la tutela promovida por la señora Isabel Linero Gómez contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 033 del 31 de marzo de 2008 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Contraloría Distrital de Santa Marta REINTEGRAR al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DÉCIMO. En el expediente T-2188198 (Myriam Lizarazo Vargas) CONFIRMAR la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 27 de noviembre de 2008, que negó la tutela promovida contra las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, el 26 de abril de 2002, y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 2 de octubre de 2003, por las razones expuestas en la presente providencia.

UNDÉCIMO. REVOCAR en el expediente T-2188408 (Abel Antonio Piñeres Mejía) la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 26 de noviembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 23 de octubre de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, el 14 de noviembre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

DUODÉCIMO. REVOCAR en el expediente T-2188413 (José Gregorio Gutiérrez Alvarado) la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 26 de noviembre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 2 de octubre de 2008, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, el 27 de marzo de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

DÉCIMO TERCERO. En el expediente T-2188416 (Octavio Mantilla Sáenz) CONFIRMAR la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 4 de diciembre de 2008, que negó la tutela promovida contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, el 10 de mayo de 2006, por las razones expuestas en esta providencia.

DÉCIMO CUARTO. REVOCAR en el expediente T-2189945 (Carlos Arturo Marín Perea), el fallo de segunda instancia, proferido el 20 de noviembre de 2008, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta que negó la tutela promovida por el señor Carlos Arturo Marín Perea contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No.032 del 31 de marzo de 2008 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Contraloría Distrital de Santa Marta REINTEGRAR al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DÉCIMO QUINTO. En el expediente T-2190768 (Libardo de Jesús Mora Medina) CONFIRMAR la sentencia proferida en única instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 11 de diciembre de 2008, que negó la tutela promovida contra la providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", el 14 de marzo de 2008, el Juzgado 10 Administrativo del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2007, y las proferidas dentro de la acción de tutela por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, y Sección Cuarta, por las razones expuestas en la presente providencia.

DÉCIMO SEXTO. REVOCAR en el expediente T-2192129 (Jesús Manuel López Celedón) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1º de octubre de 2008, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela al debido proceso y al derecho a la administración de justicia.

Por tanto DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección "D" el 23 de diciembre de 2004 y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Sección Segunda, Subsección B, el 7 de febrero de 2008. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 003 del 10 de enero de 2003 proferida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial - Comisión Nacional de Regalías, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Departamento Nacional de Planeación el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando se produjo la liquidación definitiva de la Comisión Nacional de Regalías, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DÉCIMO SÉPTIMO. REVOCAR en el expediente T-2210469 (César Augusto Hernández Aguirre) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 29 de enero de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, el 25 de marzo de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 19 de agosto de 2008. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 0-1597 del 22 de abril de 2005, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor César Augusto Hernández Aguirre al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DÉCIMO OCTAVO. REVOCAR en el expediente T-2217575 (Tito Díaz Algarín) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 23 de enero de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en única instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 7 de octubre de 2005. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No.0-1563 del 23 de octubre de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor Tito Díaz Algarín al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones

pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DÉCIMO NOVENO. REVOCAR en el expediente T-2241166 (Jaime Enrique Niño López) la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 25 de febrero de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Meta, el 27 de abril de 2004, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", el 17 de mayo de 2007. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No.0-0255 del 4 de febrero de 1997, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación REINTEGRAR al señor Jaime Enrique Niño López al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

VIGÉSIMO. REVOCAR en el expediente T-2259171 (Elena Patricia Cárdenas Díaz), el fallo de segunda instancia, proferido el 24 de marzo de 2009, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar que negó la tutela promovida por la señora Elena Patricia Cárdenas Díaz contra la ESE Centro de Salud Giovanni Cristina de El Carmen de Bolívar, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 214 del 21 de julio de 2008 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la ESE Centro de Salud Giovanni Cristina de El Carmen de Bolívar REINTEGRAR al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

VIGÉSIMO PRIMERO. REVOCAR en el expediente T-2436474 (Oscar Arturo Escobar Torres) la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", el 30 de julio de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en primera instancia por el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá, el 8 de noviembre de 2007, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 28 de mayo de 2009. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 1271 del 29 de abril de 2003, proferida por el Secretario de Educación Distrital, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Secretaría de Educación Distrital REINTEGRAR al señor Oscar Arturo Escobar Torres al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

VIGÉSIMO SEGUNDO. REVOCAR en el expediente T-2442394 (José Ignacio Pineda Palencia) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de agosto de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Decisión No. 1, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Decisión No. 1, el 12 de mayo de 2009, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el 7 de mayo de 2008, que

declaró la nulidad del acto de insubstancia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

VIGÉSIMO TERCERO. REVOCAR en el expediente T-2482380 (Santiago Rocha Zarta) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 30 de septiembre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bogotá, el 20 de febrero de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, el 26 de marzo de 2009. En su lugar DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 001 del 22 de febrero de 1999, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró insubstancial el nombramiento del accionante y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca REINTEGRAR al señor Santiago Rocha Zarta al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

VIGÉSIMO CUARTO. REVOCAR en el expediente T-2482383 (Francisco José Mario Renato Orozco Zúñiga) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 15 de octubre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 25 de junio de 2009, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, el 19 de diciembre de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubstancia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas.

VIGÉSIMO QUINTO. REVOCAR en el expediente T-2482404 (Pablo Alberto Villaveces Gelves) la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 30 de septiembre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual se le negó el amparo al accionante y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

Por tanto, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, el 26 de marzo de 2009, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bucaramanga, el 29 de junio de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubstancia y ordenó el reintegro del actor en las condiciones allí dispuestas, hasta tanto se provea el cargo por el sistema de concurso.

VIGÉSIMO SEXTO. Los reintegros ordenados sólo serán procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hayan sido provistos 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 concurso.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

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

2. *"Artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena. Modificado mediante Acuerdo 01 de 3 de diciembre de 2008, quedando en los siguientes términos: Artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena. // Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009. // En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela".*

3. Uno de los demandantes (expediente T-2190768) interpuso una acción de tutela con anterioridad (expediente T-2047312). El amparo fue negado y los fallos de instancia excluidos de revisión por la Corte Constitucional (auto del 9 de octubre de 2008).

4. Expedientes T-2180541, T-2180822, T-2189945 y T-2259171.

5. Expediente T-2188198. El accionante se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, pero también fue retirado por el nominador sin motivación del acto invocando el ejercicio de una facultad discrecional.

6. Cabe precisar que uno de los demandantes (expediente T-2190768) interpuso una acción de tutela con anterioridad (expediente T-2047312). El amparo fue negado y los fallos de instancia excluidos de revisión por la Corte Constitucional (auto del 9 de octubre de 2008).

7. Expedientes T-2180541, T-2180822, T-2189945 y T-2259171.

8. La Corte declaró exequible el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, que permite la insistencia por parte de los magistrados de la Corte o del Defensor del Pueblo para la selección de un asunto de tutela *"cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave"*.

9. También ha dicho la Corte al respecto: *"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la revisión que le corresponde efectuar a la Corte Constitucional sobre los fallos de tutela, tiene carácter eventual y cumple con el fin primordial de delimitar el alcance de los derechos fundamentales. Por tal razón, esta Corporación ha señalado que es posible que la Corte limite o circunscriba el estudio de las sentencias objeto de revisión, a determinados temas de interés, con el fin de unificar la jurisprudencia constitucional en torno al alcance de los derechos fundamentales, sin que ello implique dejar de lado el deber de protección de tales derechos en el caso concreto".* (Resaltado fuera de texto). Sentencia SU-1010 de 2008. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras decisiones, las Sentencias T-269 de 1995, SU-540 de 2007 y el Auto 031A de 2002.

10. Constitución Política de 1886. Artículo 62. "La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. El presidente de la república, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias

políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

11. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 1995.

12. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994.

13. *Ibídem*.

14. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994.

15. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994.

16. "Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. // En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. // Parágrafo (Adicionado. A. L. 1/2003, art. 6º). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido".

17. Cfr., Manuel Villoria Mendieta, "El papel de la burocracia en la transición y consolidación de la democracia española: primera aproximación". En: Revista Española de Ciencia Política, Vol. 1, núm. 1, p. 97-125; Miguel Beltrán, "La productividad de la Administración española: un análisis comparativo". Madrid, Secretaría de Estado de Economía, 1991.

18. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994.

19. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007.

20. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. Cfr., Sentencia C-588 de 2009.

21. En aquel entonces se analizó el caso de una notaría nombrada en provisionalidad que fue declarada insubsistente sin motivación alguna del acto de retiro.

22. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-038 de 1996, C-054 de 1996, C-368 de 1999, C-371 de 1999, C-599 de 2000, C-646 de 2000, C-734 de 2000, C-292 de 2001, C-392 de 2001 y C-1142 de 2001, entre otras.

23. En cuanto a la motivación de las decisiones judiciales, Perelman explica que "la situación cambió completamente después de la revolución francesa, con la proclamación del principio de separación de poderes, la publicación de un conjunto de leyes en la medida de lo posible codificado y la obligación del juez de motivar sus juicios con referencia a la legislación en vigor". Chaim Perelman, "La lógica jurídica y la nueva retórica". Madrid, Civitas, 1979, p. 178.

24. Tomás Ramón Fernández, *“De la arbitrariedad de la administración”*. Madrid, Civitas, p. 1994, p. 84.
25. Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998.
26. En los términos de esta Sentencia, declárense EXEQUIBLES las frases "al menos en forma sumaria si afecta a particulares", del artículo 35, y "siquiera sumaria, cuando sea obligatoria", del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.
27. Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto del 22 de octubre de 1975. Cfr. Sentencia SU-250/98.
28. Juan Carlos Cassagne, *“El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p.205.
29. La Corte declaró exequible el inciso segundo del artículo 70 y el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, "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".
30. Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 2005.
31. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2005. Cfr., las Sentencias SU-250/98, T-132/07, T-308/08, T-356/08, entre muchas otras.
32. Tomás Ramón Fernández, *“De la arbitrariedad de la administración”*. Madrid, Civitas, p. 1994, p. 164-165.
33. La Corte declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 79 de la Ley 190 de 1995.
34. Corte Constitucional, Sentencias C-038 de 1996 y C-646 de 2000.
35. En los términos de esta Sentencia, declárense EXEQUIBLES las frases "al menos en forma sumaria si afecta a particulares", del artículo 35, y "siquiera sumaria, cuando sea obligatoria", del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.
36. Esta fue precisamente una de las normas declarada exequible en forma condicionada en la Sentencia C-371 de 1999.
37. "Artículo 36.- DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".
38. Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995.
39. Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2009.

40. La Corte declaró exequible el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil.

41. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250 de 1998, T-313 de 2003, entre otras.

42. Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998.

43. En la sentencia C-292 de 2001, la Corte reiteró lo expuesto en la sentencia C-514 de 1994, en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción así: *"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, 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"*. También en la ya mencionada sentencia SU-250 de 1998, sobre los cargos de libre nombramiento y remoción se dijo: *"...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."*

44. Ver Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

45. Así lo expresó en la sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

46. Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

47. Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

48. Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

49. "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)".

50. En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

51. Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

52. Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

53. 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.

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

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

56. “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.

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

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

59. 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.

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

61. 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).

62. En la sentencia T-054 de 2005, la Corte negó la pretensión de una accionante que fue desvinculada de un cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, porque aunque alegaba ser madre cabeza de familia, la ESAP no podía, “so pretexto de otorgarle la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, mantenerla en un cargo para el cual no había concursado y del cual era titular otra persona que se encontraba en carrera administrativa y que ya había sido reasumido por aquélla por disposición del nominador”. (Subraya fuera del original).

63. 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 prescinda 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".

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

65. Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

66. 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".

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

68. Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

69. 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.

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

71. 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 Abellán 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.

72. "ARTÍCULO 37. Causales. El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos: ... j) El personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, previo concepto favorable de la Comisión de Personal, podrá ser retirado cuando por informe reservado de inteligencia se considere que es inconveniente su permanencia en el servicio por razones de seguridad nacional. En este caso, la providencia no se motivará; (...)".

73. Junto con la carrera administrativa general existen otras carreras especiales. Sobre el punto, en la sentencia C-517 de 2002 se explicó lo siguiente: "La Corte también ha señalado (C-746/99) que de conformidad con el artículo 130 de la Carta Política existen varias carreras administrativas, unas administradas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y otras que se separan de dicha competencia por tener carácter especial en los términos previstos en la ley. Regímenes especiales que pueden tener origen constitucional o legal y que también deben ser configurados por el legislador bien directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo. // "La Corte mediante Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994 ha determinado que los regímenes especiales creados por la Constitución son: el de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); Fiscalía General de la Nación (artículo 253) Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1º); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10º), y Procuraduría General de la Nación (artículo 279). Lista a la que hay que agregar la carrera de las universidades del Estado (artículo 69), de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-746 de 1999. // Además de los regímenes especiales de rango constitucional, pueden existir regímenes especiales de origen legal. Al efecto, el artículo 4º de la Ley 443 de 1998, por la cual se expedieron normas sobre carrera administrativa, dispone que los regímenes especiales de carrera creados por la ley son aquellos que "en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general". El mismo artículo 4º determina

que estos son los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. Así mismo el parágrafo 2º de dicha disposición establece que "...el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, en razón de que su misión, objeto y funciones básicas consisten en la investigación y/o el desarrollo tecnológico, tendrán un régimen específico de carrera y de administración de su personal, de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional (...)".

74. "Artículo 66. Causales. El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por disposiciones precedentes de este Decreto y por lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989. Sin embargo, la insubsistencia del nombramiento de los detectives solamente procede por las siguientes razones: ... b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario".

75. Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2007.

76. Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2009. Dijo la Corte: "De lo anterior se infiere que no existe norma que consagre de manera expresa que en la declaración de insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera el Director del Departamento Administrativo de Seguridad no tenga que motivar el acto administrativo correspondiente, pues tal y como lo estableció esta Corporación en Sentencia C-112 de 1999, el inciso primero del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 que establece la facultad de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, sin motivar la providencia respectiva, solamente es aplicable a los funcionarios que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción (T-064/07, T-829/08). // En conclusión, (i) el Director del DAS cuenta con la facultad discrecional para declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario inscrito en un cargo de régimen especial de carrera; (ii) no existe norma que consagre de manera expresa que en esos casos el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado; (iii) como quiera que la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación, los actos mediante los cuales el Director del DAS declare la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, deben indicar siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales se adoptó tal decisión". Cfr. Sentencias T-064 de 2007, Sentencia T-829 de 2008 y T-188 de 2009.

77. Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2007. La Corte ordenó "al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a motivar la Resolución (...), mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de (...), de tal manera que exprese de manera suficiente los motivos que condujeron a esta decisión. En caso de que la entidad demandada se abstenga de cumplir con lo ordenado en esta providencia dentro del término establecido para ello, deberá efectuar el reintegro del accionante al cargo que éste venía desempeñando".

78. "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.

79. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

80. "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".

81. "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.

82. "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".

83. Por razones de orden metodológico la Corte omite algunas citas de la Sentencia C-279 de 2007.

84. 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.

85. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98, C-371 de 1999, T-1206 de 2004, T-132 de 2007, T-736 de 2009, entre otros.

86. Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

87. "Artículo 25. *Protección Judicial*. 1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.* || 2. *Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*". (Resaltado fuera de texto).

88. "Artículo 2. (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a. *Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*". (Resaltado fuera de texto).

89. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. Para una revisión en la doctrina ver Pablo Pérez Tremps, "Tribunal Constitucional y poder judicial", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985; Mauricio Martínez, "La Constitucionalización de la Justicia y Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España", Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

90. Decreto 2591 de 1991, "por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

91. Corte Constitucional, Sentencias T-737 de 2007, T-018 de 2008, T-1049 de 2008, T-1112 de 2008, T-1150 de 2008, T-156 de 2009 y T-064 de 2010.

92. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-058 de 2003, T-598 de 2003, T-932 de 2003, T-462 de 2003, T-200 de 2004, entre otras.

93. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-037 de 1996 y C-713 de 2008.

94. Luis Prieto Sanchís, "Justicia constitucional y derechos fundamentales". Madrid, Trotta, 2003, p. 116.

95. *Cfr. Sentencias T-737 de 2007, T-018 de 2008, T-1049 de 2008, T-1112 de 2008, T-1150 de 2008, T-156 de 2009, T-191 de 2009, T-264 de 2009.*

96. *Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-014 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, SU-058 de 2003, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003, T-598 de 2003, T-420 de 2003, T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-677 de 2003, T-678 de 2003, T-949 de 2003, T-200 de 2004, T-606 de 2004, T-774 de 2004, T-453 de 2005, T-091 de 2006, SU-540 de 2007, T-793 de 2007, SU-813 de 2007, T-1033 de 2007, SU-038 de 2008, T-1240 de 2008, T-202 de 2009, T-555 de 2009, T-310 de 2009, T-459 de 2009, entre muchas otras.*

97. *Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1992, C-037 de 1996, C-384 de 2000, C-590 de 2005 y C-713 de 2008, entre otras.*

98. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, reiterada en numerosas oportunidades.

99. Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 1993.

100. Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994. *Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1992, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-014 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, SU-058 de 2003, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003, T-598 de 2003 y T-420 de 2003.*

101. *Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-014 de 2001, T-407 de 2001, T-1180 de 2001.*

102. *Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, T-462 de 2003, T-698 de 2004 y T-330 de 2005, entre otras.*

103. *T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-677 de 2003, T-678 de 2003, T-949 de 2003, T-200 de 2004, T-606 de 2004, T-774 de 2004, T-453 de 2005, T-091 de 2006, SU-540 de 2007, T-793 de 2007, SU-813 de 2007, T-1033 de 2007, SU-038 de 2008, T-1240 de 2008, T-202 de 2009, T-555 de 2009, T-310 de 2009, T-459 de 2009, entre muchas otras.*

104. En aquella oportunidad la Corte declaró inexistente la expresión “*ni acción*”, del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que excluía la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela contra sentencias de casación dictadas por la Corte Suprema de Justicia, luego de constatar que dicha prohibición vulneraba los artículos 4 y 86 de la Constitución.

105. Sentencia T-522/01

106. *Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.*

107. *“Artículo 1.- (...) 2. Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado (sic). Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el Fiscal. // Lo accionado (sic) contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4º del presente Decreto. // Cuando se trate de autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, se aplicará lo dispuesto en el numeral 1 de este*

Decreto".

108. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, de 18 de julio de 2002, Exp. 6414 y otros.

109. Cosa distinta es que el procedimiento sistemático previsto para enmendar tales fallas no sea la acción de tutela sino el incidente de nulidad. Para una revisión general del tema pueden consultarse los Autos 031A de 2002 y 100 de 2006, entre muchos otros.

110. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

111. Cfr., Sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01, de 3 de octubre de 2002, exp. 4117-01, de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002.

112. Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99).

113. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01).

114. Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

115. Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006), el 12 de marzo de 2009 (5374-05), del 11 de junio de 2009 (0012-2008), del 04 de agosto de 2010, (0319-08), entre muchas otras.

116. Corte Constitucional, Sentencia T-023 de 2009.

117. La Corte debe precisar que en algunas decisiones el Consejo de Estado ha sostenido que la desvinculación de servidores nombrados en provisionalidad no es un acto discrecional sino reglado donde se excluye la existencia de un fin intrínseco y adecuado de mejoramiento del servicio. Sin embargo, allí no se ha examinado el punto específico del retiro sin motivación del acto, sino que se ha evaluado si las razones invocadas en el acto de insubstancia son legalmente válidas. Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "A", Sentencia del 26 de julio de 2008 (rad. 0606-07).

118. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 2006 y T-251 de 2009.

119. Cosa distinta es que el procedimiento sistemático previsto para enmendar tales fallas no sea la acción de tutela sino el incidente de nulidad. Para una revisión general del tema pueden consultarse los Autos 031A de 2002 y 100 de 2006.

120. Sobre el particular, en la reciente Sentencia C-713 de 2008, que examinó la constitucionalidad de la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte precisó lo siguiente: "En el asunto bajo examen, al atribuirse a las Salas de Casación de la Corte Suprema la facultad de seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento *"para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales fundamentales y control de legalidad de los fallos"*, la Corte considera que los propósitos para los cuales se prevé la casación se ajustan al ordenamiento Superior, en la medida en que armonizan con los fines que por su naturaleza corresponden a esa institución. // No obstante, deberá declarar inexistente la expresión *"fundamentales"*, puesto que, como fue explicado anteriormente, la casación apunta no sólo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional, atendiendo criterios de justicia material según el principio de prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia. Recuérdese que *"también la interpretación de las disposiciones procesales que regulan ese recurso debe interpretarse de conformidad con ese principio"* (C-668 de 2001). //Además, la Constitución ha consagrado la acción de tutela y asignado a la

Corte Constitucional la revisión eventual de los fallos de instancia, para asegurar por esa vía la interpretación uniforme en materia de derechos fundamentales en particular.

121. *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

122. Otto Bachof, "Jueces y Constitución" (1959). Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid, Civitas, 1985, p.43.

123. Luis Prieto Sanchís, "Justicia constitucional y derechos fundamentales". Madrid, Trotta, 2003, p. 112.

124. *Ídem*, p. 116-117.

125. 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.

126. 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.

127. *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.

128. 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-374 de 2005, T-087 de 2009, entre muchas otras.

129. *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.

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

131. *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, T-729 de 2007 y T-205 de 2009, entre otras.

132. Ver también las Sentencias T-033 de 2002, T-982 de 2004, T-1168 de 2008 y T-104 de 2009, entre muchas otras.

133. *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001

134. Esto con independencia de las medidas que el juez de tutela pueda adoptar más adelante para asegurar el cumplimiento de sus fallos en el marco de lo previsto en el Decreto 2591 de 1991.

135. En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003.

136. En general pueden consultarse las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: Sentencias 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.

137. Específicamente la Corte resolvió “ordenar al Ministerio del Interior y de Justicia, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes (...), motive el acto de desvinculación del señor Severo Acosta Tarazona. Si dentro del término establecido no se motiva el acto, ordenar su reintegro inmediato a un cargo similar al que desempeñaba al momento de su despido.

138. Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

139. “Artículo 2. (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. (Resaltado fuera de texto).

140. “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. // 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. (Resaltado fuera de texto).

141. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 44/2008. Caso 12.448:

50. En el presente caso, el señor Cadena Antolinez habiendo agotado los recursos gubernativos y el fuero laboral ordinario interpuso una acción de tutela para salvaguardar sus derechos pensionales. La decisión adoptada en perjuicio de sus derechos fue apelada mediante un recurso de revisión ante la Corte Constitucional. El 13 de noviembre de 2001 la Corte Constitucional hizo lugar a sus pretensiones. El 16 de mayo de 2002 la Corte Suprema resolvió no acatar lo resuelto por la Corte Constitucional, lo cual obligó al señor Cadena Antolinez a plantear un incidente de desacato ante el Consejo Seccional de la Judicatura, solicitando se diera cumplimiento a la decisión de la Corte Constitucional. El 2 de agosto de 2002 el Consejo Seccional de la Judicatura, a su vez, se declaró incompetente para conocer el incidente de desacato y ordenó remitir el expediente a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes. Posteriormente, el señor Cadena Antolinez interpuso recurso de apelación contra la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el cual fue declarado improcedente mediante Auto del 7 de octubre de 2002. Esta decisión fue a su vez recurrida y declarada nuevamente improcedente mediante Auto del 13 de diciembre de 2002.

51. El 1º de agosto de 2003 el señor Cadena Antolinez solicitó a la Corte Constitucional se adoptaran medidas para hacer cumplir su Sentencia de Unificación SU-1185/2001. En respuesta, la Corte Constitucional mediante Auto de Cumplimiento ordenó al Banco de la República dar cumplimiento a la Sentencia dictada por la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá. El Banco de la República procedió a dar cumplimiento parcial mediante el depósito de un monto que no contemplaba los ajustes debidos. Consecuentemente, el 29 de marzo de 2004 el señor Cadena Antolinez presentó un nuevo incidente de desacato ante la Corte Constitucional la cual, el 20 de abril de 2004, dictó un nuevo Auto de Cumplimiento conforme al cual finalmente se ejecutaron las obligaciones del demandado de acuerdo a la sentencia, el 26 de abril de 2004.

52. La Comisión nota que desde el inicio del proceso en 1997 hasta la debida ejecución de la prestación, transcurrieron aproximadamente ocho años y que la tutela instaurada el 19 de julio de 2000 sólo fue debidamente ejecutada casi cuatro años después. Asimismo, la Sentencia de Unificación SU-1185/2001 dictada por la Corte Constitucional el 13 de noviembre de 2001 fue ejecutada finalmente el 26 de abril de 2004, dos años y cinco meses más tarde. Dicha demora es atribuible al conflicto de competencias o de prevalencia entre las decisiones adoptadas por los altos tribunales, conocido en Colombia como "choque de trenes".

53. El presente caso refleja que el efecto del llamado "choque de trenes" es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. El conflicto entre estas instancias judiciales deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana. *En los casos en los que acuden a la acción de tutela con éxito, la materialización de sus derechos se ve sujeta a incumplimientos y trámites adicionales*. (Resaltado fuera de texto).

142. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de 2009. Caso 12.448:

"276. El 4 de diciembre de 2009, el Estado informó que la Corte Constitucional informó acerca del Auto 100 de 2008 proferido por su Sala Plena en el cual estableció que frente al "choque de trenes" los afectados tienen dos posibilidades: (i) acudir ante cualquier juez de la República para que se tramite y se decida, o (ii) con el cumplimiento de los requisitos indicados, solicitar a la Secretaría General de la Corte Constitucional que se radique la acción de tutela y se surta el trámite de la revisión eventual. Asimismo, informó que la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Laboral y Penal, recientemente resolvió autónomamente tramitar y resolver mediante fallo las acciones de tutelas instauradas contra providencias judiciales de esa Corporación, así como remitir el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de las decisiones proferidas.

277. Informó también que la Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión de 3 de diciembre de 2008 aprobó una adición a su Reglamento Interno e incluyó un inciso segundo al artículo 54 A, en virtud del cual una vez sean seleccionadas acciones de tutelas en contra de providencias judiciales adoptadas por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, éstas deben ser puestas en conocimiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional, para que ésta determine si asume la revisión con base en el informe mensual que se le sea presentado a partir de marzo de 2009. Por otra parte señaló que mediante el auto 124 de 25 de marzo de 2009, la Corte Constitucional adoptó medidas tendientes a solucionar los conflictos de competencia que se presentaban en los despachos judiciales.

278. Informó que utilizando la competencia preferente la Corte Constitucional ha intervenido para hacer cumplir lo ordenado en providencias por la Sala Plena o las Salas de Revisión de Tutela, como en el caso de Sergio Emilio Cadena Antolínez.

279. Asimismo, informó que las Salas de Casación Penal y Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvieron autónomamente en el año 2008 tramitar y remitir a la Corte Constitucional las providencias proferidas al definir acciones de tutela contra sus providencias, para efectos de la revisión eventual, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 86 de la Constitución. Los peticionarios no respondieron a la solicitud de información.

280. Por lo expuesto, la Comisión concluye que se ha dado cumplimiento total a las recomendaciones."

143. Es circunstancias especiales la Corte conserva la competencia preferente y se encuentra habilitada para intervenir en el cumplimiento de sus propias decisiones, "ora porque el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia dictada por ella no adopta las medidas conducentes al mismo, ya porque el juez de primera instancia ha ejercido su competencia y la desobediencia persiste" (Auto del 6 de agosto de 2003, Auto 249 de 2006)

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

aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

145. Mediante Auto del 15 de octubre de 2010 se solicitó “a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en el término de dos (2) días, informe a la Corte Constitucional si el señor Jorge Cañedo de la Hoz ha sido objeto de investigación y/o sanción penal alguna por parte de esa Corporación”.

146. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2009, proceso 28339.

147. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de abril de 2009, proceso 28745.

148. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-792 de 2004, T-602 de 2005, T-726 de 2005, T-538 de 2006, T-570 de 2006, T-646 de 2006 y T-971 de 2006, en las que ha resueltos asuntos relacionados con Telecom- en liquidación -. Recientemente en Sentencia T-001 de 2010, la Corte también se pronunciado respecto de derechos reclamados por ex trabajadores de la extinta Adpostal - en Liquidación-.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

*Ausente en comisión*

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

*Ausente en comisión*

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

*Con salvamento parcial de voto*

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA SU-917/10

Referencia: expedientes T-2116104 y acumulados.

Asunto:

Acciones de tutela interpuestas individualmente por veintitrés personas contra distintas entidades.

Magistrado ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Fecha ut supra

Respetuosamente, me permito consignar por escrito una muy sucinta explicación sobre el sentido de mi voto, que parcialmente salvé en el presente asunto, fallado por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

1. Si bien participo de la decisión adoptada en torno a revocar la determinación de instancia y tutelar los derechos invocados por el actor, adicionalmente en cuanto no se debe permitir que se siga utilizando la provisionalidad como mecanismo para jugar al libre nombramiento y remoción en la designación de quien vaya a ocupar un cargo de carrera, debo salvar mi voto, únicamente frente a la determinación consignada en los numerales séptimo, octavo, undécimo, décimo tercero, décimo cuarto, vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto de la parte resolutiva, pues siempre he discrepado de la decisión de confirmar una sentencia de primera instancia que ha sido previamente dejada sin vigencia, debiendo la corporación que revoca la de segunda instancia expresar en sus propios términos la decisión que corresponda, así coincida plenamente con aquella que dejó de existir en el mundo jurídico por la decisión del *a quem*.

2. Así mismo, debo aclarar que siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “*vía de hecho*” y en relación con algunas de las argumentaciones que de nuevo se exponen para arribar a la decisión adoptada. Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones<sup>149</sup>, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto de presente en las argumentaciones relacionadas con la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyos planteamientos discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

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

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

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

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexistente la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, como si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 06:32:58