

Acción de tutela instaurada por la Fiscalía General de la Nación contra la Sala Especial de Decisión 20 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente (e.)
IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que confirmó el emitido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, en la acción de tutela instaurada por la Fiscalía General de la Nación contra Sala Especial de Decisión 20 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

La Directora Jurídica de la Fiscalía General de la Nación promovió acción de tutela contra Sala Especial de Decisión 20 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, así como los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Para fundamentar su demanda relató el siguiente acontecer fáctico:

1. Hechos

1.1. Mediante la Resolución núm. 0-0853 del 23 de mayo de 1994, la entidad nombró en provisionalidad al señor Augusto Ramírez Zuluaga en el empleo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán. Luego, por Resolución núm. 0918 del 2 de mayo de 1996, fue declarado insubsistente con motivo del mejoramiento del servicio.

1.2. El señor Augusto Ramírez Zuluaga interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que lo desvinculó de la Fiscalía General de la Nación y solicitó el reintegro a un cargo igual o de superior jerarquía, así como las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de la desvinculación.

1.3. El demandante señaló que el acto administrativo acusado fue expedido con desviación del poder, por cuanto no obedeció a la mejora del servicio. Relató que para ingresar a la Fiscalía acreditó todos los requisitos exigidos en el concurso de méritos y siempre se caracterizó por la idoneidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones. Así mismo, adujo que la persona nombrada en su reemplazo no contaba con las calidades y experiencia requerida, ya que para el momento de su nombramiento tenía poco tiempo en el ejercicio profesional.

1.4. En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia de 14 de julio de 1998 negó las pretensiones de la acción al considerar que aun cuando el actor afirmó haber logrado su ingreso al organismo previa aprobación del concurso de méritos, lo cierto era que en el expediente no obraba prueba a partir de la cual pudiera afirmarse que se encontraba inscrito en el escalafón de carrera de la Fiscalía General de la Nación. El Tribunal concluyó que lo único que se encontraba probado era el nombramiento en provisionalidad del señor Ramírez Zuluaga, por lo que era un empleado de libre nombramiento y remoción respecto del cual el nominador podía declarar en cualquier momento la insubsistencia, sin necesidad de motivar el acto.

1.5. Esa decisión fue apelada por el demandante y decidida por la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que mediante fallo del 5 de noviembre de 1999 confirmó la determinación del *a quo* con sustento en similares argumentos.

1.6. Contra el fallo de segunda instancia, el señor Augusto Ramírez Zuluaga presentó recurso extraordinario de revisión, aduciendo como causal aquella en virtud de la cual con posterioridad a la sentencia fueron recobrados documentos decisivos con los que se hubiere proferido una decisión diferente, los cuales no fueron aportados por la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o por obra de la parte contraria.

1.7. Este recurso fue resuelto por la Sala Especial de Decisión 20 del Consejo de Estado en sentencia del 3 de marzo de 2015. Esa Sala encontró que el juez de primera instancia ordenó oficiar a la Fiscalía para que allegara copia de la hoja de vida del demandante, sin embargo, la documentación remitida en nada acreditaba que este hubiera ingresado al sistema de carrera de la entidad, incluso, el

genere una expectativa de permanencia indefinida; (ii) en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos.

Siendo así, determinó que la fórmula aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir. Esto sucede cuando una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo. Por tal razón, dado que solo cabe indemnizar el daño efectivamente sufrido y tal daño es equivalente a lo dejado de percibir, de la suma indemnizatoria se debe descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente⁴³⁹.

Finalmente, dispuso que *"siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, ni superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio"*⁴⁴⁰.

6.3.7. Por último, en las **sentencias SU-053⁴⁴¹ y SU-054 de 2015⁴⁴²**, la Corte se pronunció sobre varias acciones de tutela instauradas contra providencias judiciales mediante las cuales no se anulaban los actos administrativos que retiraron del servicio a servidores públicos, sin motivación. Todos los accionantes buscaron la protección de sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral.

Esta Corporación tomó en consideración lo señalado en la sentencia SU-556 de 2014 y adujo que las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son las siguientes: (i) el reintegro del servidor público desvinculado a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; (ii) para el reintegro también deberá examinarse si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios; (iii) a título indemnizatorio, solo se debe pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.

De ese modo, en ambos fallos se reiteró lo señalado en la referida providencia de unificación.

6.4. Ahora bien, según se expuso, los pronunciamientos de esta Corporación sobre el punto que ahora se estudia están relacionados con personas que fueron nombradas en provisionalidad en cargos de carrera. Por esa razón, se hace necesario abordar el asunto desde una perspectiva diferente con el fin de determinar qué sucede cuando la persona que fue desvinculada a través de un acto calificado como contrario a la ley no ejercía en cargo en provisionalidad, sino que hacía parte de la carrera administrativa por haber superado un concurso de méritos. Para ello, la Sala se referirá previamente a la naturaleza y finalidad constitucional de los cargos de carrera administrativa

7. La carrera administrativa como regla general fundada en el mérito y en el principio constitucional de estabilidad laboral. Reiteración de jurisprudencia

7.1. El artículo 125 de la Constitución regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos. Esa disposición establece que es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como las causales de retiro del servicio oficial. De igual forma, consagra que habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

En desarrollo de esa norma constitucional, se expidió la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*.

Esta legislación definió en el artículo 27 la carrera administrativa como *"un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público"*; objetivo que, según esa disposición, se alcanza a través del ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantiza la transparencia y la objetividad.

7.2. La consagración de la carrera administrativa como regla general de la administración pública *"compatibilizó los componentes básicos de la estructura estatal con los principios y fundamentos del Estado social de derecho, pues el mismo se caracteriza por la*

*prevalencia de los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralidad, que requiere de una estructura organizativa, de una administración, cuyo diseño responda a la aplicación efectiva de esos mismos principios, de manera tal que se garantice a todos y cada uno de sus asociados, el derecho a acceder y permanecer, por sus propios méritos y capacidades, al servicio del Estado*⁴⁴³.

Se ha reconocido que la carrera administrativa es principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado social y democrático de derecho a partir de tres criterios específicos⁴⁴⁴:

(i) *Histórico*: durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de “*amiguismo*” o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes⁴⁴⁵.

(ii) *Conceptual*: refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional que cumple el doble objetivo de⁴⁴⁶: a) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público; y b) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes⁴⁴⁷.

(iii) *Teleológico*: se relaciona con las finalidades que cumple la carrera administrativa en el Estado constitucional. La interpretación armónica de lo preceptuado en el artículo 125 C.P. con otras normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera cumple una función articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional⁴⁴⁸.

7.3. Esta Corporación ha sostenido que además del objetivo amplio de buscar la materialización del Estado social de derecho a través de la estructura de la función pública, la carrera administrativa cumple con los siguientes objetivos específicos⁴⁴⁹:

(i) Garantizar el cumplimiento de los fines estatales. Ello, en la medida en que permite que la función pública pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia⁴⁵⁰. Bajo ese entendido, se busca el óptimo funcionamiento en el servicio público, de tal forma que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad.

(ii) Preservar y mantener vigentes los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Con la carrera administrativa se pretende garantizar a las personas su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo⁴⁵¹. La comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125)⁴⁵².

(iii) La estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines⁴⁵³. Dada la trascendencia que la Constitución otorga al derecho al trabajo, fue objeto de especial atención la estabilidad de los trabajadores al servicio del Estado y de la comunidad, denominados por el artículo 123 de la Carta como servidores públicos. Así, consagró en el artículo 125 superior que todos los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales, y los demás que establezca la ley⁴⁵⁴.

(iv) La necesidad de erradicar la corrupción de la administración pública. A través del sistema de carrera administrativa también se busca luchar contra la corrupción, pues la misma garantiza la independencia y la transparencia del ingreso a la función pública:

7.4. El artículo 5° de la Ley 909 de 2004 determina que los empleos de los organismos y entidades regulados por esa ley son de carrera administrativa, con excepción de (i) los de elección popular, los de período fijo, los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación; y (ii) los de libre nombramiento y remoción entendidos como aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Los cargos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción son los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro solo podrá efectuarse “*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*”⁴⁵⁵. Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos⁴⁵⁶.

7.5. El principio de estabilidad se encuentra consagrado en los artículos 53 y 125 de la Carta Política, disposiciones en virtud de las cuales todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales^[67].

Este principio orientador de la carrera administrativa, que ha sido entendido como *"la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo"*^[68], constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado^[69]. En palabras de esta Corporación:

"El principio de la estabilidad (...) se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad plena al nominador, se tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa. Y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia es la carrera administrativa, que hace que estos factores, junto con el respeto al régimen disciplinario, sean los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador"^[60].

Lo anterior no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en los casos previstos en la ley, como razón suficiente para la adopción de esa medida. En otras palabras, el principio de estabilidad no implica la inamovilidad absoluta del empleado^[61], en tanto existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera^[62]. Es por ello que el artículo 125 Superior admite que el retiro se haga *"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"*.

La carrera administrativa, entonces, comprende tres aspectos fundamentales y que se encuentran interrelacionados^[63]: (i) la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional; (ii) la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (artículo 40 de la Constitución); y (iii) la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, en tanto las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado^[64]. Sobre el particular, ha dicho esta Corporación:

"Cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su ámbito de apreciación está limitado por la configuración constitucional de la carrera, por sus fines y principios que la rigen y por los derechos que protege. De ello se sigue que si la Carta establece diferencias entre los conceptos de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, con esa distinción configura un límite para el poder de regulación del legislador pues éste no puede desconocer las situaciones jurídicas de los empleados estatales de tal manera que pueda atribuir a unas de ellas los efectos que corresponden a otras y, por esa vía, vulnerar sus derechos adquiridos."

De esta manera se advierte que si bien el Texto Fundamental habilita al legislador para determinar causales de retiro de la carrera administrativa, el ejercicio de esa facultad se encuentra limitado y si ello es así, la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma que al regular uno de los momentos de la carrera, el ascenso, le asigna los efectos de otro, evaluación y calificación del desempeño"^[65].

7.6. El artículo 125 de la Carta Política establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Esta disposición señala que las causales de retiro para este tipo de cargos será por la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por la violación del régimen disciplinario y por las demás que establezca la Constitución y la ley.

Mediante la Ley 909 de 2004 se expidieron normas dirigidas a regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública. El artículo 37 de esa normatividad definió como principios que orientan la permanencia en el servicio: (i) el mérito, según el cual la permanencia en los cargos de carrera administrativa exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la función pública y la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio de la misma; (ii) el cumplimiento, que supone que los empleados deberán cumplir cabalmente las normas que regulan la función pública y las funciones asignadas al empleo; (iii) la evaluación, como deber del empleado público de carrera administrativa de someterse y colaborar activamente en el proceso de evaluación personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente; y (iv) la promoción de lo público, en virtud del cual es tarea de cada empleado la búsqueda de un ambiente colaborativo y de trabajo en grupo y de defensa permanente del interés público en cada una de sus actuaciones y las de la administración pública.

En esa línea, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 definió las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, en los siguientes casos: (i) por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (ii) por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (iii) por renuncia regularmente aceptada; (iv) por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (v) por invalidez absoluta; (vi) por edad de retiro forzoso; (vii) por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; (viii) por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; (ix) por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo; (x) por orden o decisión judicial; (xi) por supresión del empleo; (xii) por muerte; y (xiii) por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Esa disposición también establece que 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 que deberá efectuarse mediante acto motivado.

7.7. Lo anterior significa que quienes ejercen cargos de carrera administrativa, si bien gozan de estabilidad laboral, además, que debe ser el carácter inspirador de toda relación laboral, esta no es predicable de manera absoluta ni puede confundirse con la inamovilidad en el empleo.

Sobre el particular, esta Corporación ha señalado que el ingreso a la administración pública y el ascenso en los cargos de carrera debe hacerse previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos de los aspirantes, como un mecanismo ideal a fin de seleccionar a los mejores funcionarios y capacitarlos en forma adecuada para el logro de los fines esenciales del Estado. Para esta clase de servidores del Estado existe la garantía de estabilidad en el empleo, que les otorga el derecho a permanecer en sus cargos siempre y cuando hayan cumplido con las condiciones fijadas por la ley en el desempeño de los mismos¹⁶⁶¹.

Bajo ese entendido, la estabilidad no es absoluta en tanto la administración no está obligada a conservarlo en el empleo en los eventos de ineficiencia, inmoralidad e indisciplina en el ejercicio de las funciones inherentes a su empleo, porque ello “conduciría al desvertebramiento de la función pública y la corrupción de la carrera administrativa”¹⁶⁷¹.

Este Tribunal ha resaltado que la estabilidad en el empleo es una manifestación del principio de seguridad, que tiene como fin garantizar, por un lado, un medio para el sustento vital y, por otro, la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración, como la posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad¹⁶⁸¹.

Sin embargo, también ha enfatizado que no debe confundirse con la inamovilidad absoluta e injustificada, ya que, precisamente, con la carrera administrativa se busca también “depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador”¹⁶⁹¹. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“A lo anterior se debe añadir que, aun cuando la estabilidad es un importante derecho, ni siquiera en el régimen de carrera administrativa puede ser asimilado a la inamovilidad total y absoluta del empleado, motivo por el cual no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida, tal como sucede tratándose de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, que está inspirada en propósitos de interés general que consisten en la necesidad de darle continuidad al servicio evitando riesgos y traumatismos, así como en asegurar el predominio de la carrera administrativa en cuanto regla general para la vinculación al servicio público y la permanencia en él”¹⁷⁰¹.

7.8. En definitiva, el artículo 125 de la Constitución establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, cuyo propósito es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. Una de las finalidades del Constituyente al establecer los cargos de carrera fue garantizar la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de los fines de la función pública.

Si bien uno de los fundamentos de la carrera administrativa es garantizar la estabilidad en el empleo, esta se predica a partir de la obtención de resultados positivos y en el cumplimiento de las funciones que son asignadas por la Constitución y la ley. En esa medida, la naturaleza de los cargos de carrera no puede confundirse con la inamovilidad en el empleo, en tanto está sujeta a un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro.

8. El precedente constitucional sobre el reintegro y la devolución de salarios y prestaciones dejadas de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro del servicio, se aplica con independencia de la designación en provisionalidad o en propiedad respecto de un cargo de carrera

8.1. De conformidad con lo expuesto en esta providencia, cuando una persona que se encuentra vinculada al servicio del Estado es declarada insubsistente en su cargo pero, posteriormente, se determina que ese retiro se dio en contravía de la ley y la Constitución, por lo que tiene derecho a ser reintegrada al cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía, y a recibir como restablecimiento de su derecho los salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la desvinculación ilegal. Sin embargo, la controversia surge en los casos en que el restablecimiento del derecho supone la devolución de los salarios y prestaciones para un periodo de tiempo en el que el empleado se desempeñó en otros cargos, ya sea en el sector público o en el privado.

8.2. La Corte Constitucional, a través de una línea uniforme, ha concluido que se deben descontar de las sanciones impuestas al Estado las sumas que se hubieren devengado desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo. Estos pronunciamientos han sido con ocasión de las acciones de tutela interpuestas por personas que fueron nombradas en provisionalidad en cargos de carrera y que fueron desvinculadas a través de un acto sin motivación.

En un primer momento, este Tribunal adoptó esa determinación por considerar que la indemnización a la que se tiene derecho fruto del restablecimiento por la nulidad del acto acusado debe ser tasada con base en parámetros objetivos que respondan a la justicia material, de modo que mal podría tasarse la indemnización con base en salarios y prestaciones dejados de percibir cuanto estos y estas se percibieron del tesoro público. Ello conduciría a aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período.

Posteriormente, la Corte le puso límite a la orden según la cual el pago de los salarios y prestaciones sociales solo procede hasta cuando el respectivo cargo hubiere sido provisto mediante el sistema del concurso de méritos. Sobre el asunto, indicó que quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por lo que debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos. Por esa razón, no es apropiado asumir que la cuantificación de la indemnización se hiciera a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario, porque ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos.

De igual forma, aclaró que una indemnización así concebida era excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política, ya que con base en esas disposiciones no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Consideró que la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega, y señaló que entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual.

Para la Corte, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, la persona debe asumir la carga de su propio sostenimiento. Además, si se tiene en cuenta que la desvinculación se presenta como consecuencia de un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, sin perjuicio del derecho que le asiste para cuestionar judicialmente el acto respectivo, le corresponde actuar de buena fe y procurar la auto-provisión de recursos.

En definitiva, este Tribunal asume para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, que el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, es una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la ley, que podía dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa porque: (i) el servidor público se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, lo que inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida; (ii) en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos.

Es por lo anterior que la fórmula aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir, por lo que se debe descontar todo lo que durante el periodo de desvinculación haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

8.3. A diferencia de los asuntos que ha conocido la Corte sobre la materia referentes a personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, el debate en este caso surgió por la ilegalidad del nombramiento el cual nunca debió ser en provisionalidad sino como un verdadero cargo de carrera administrativa, en tanto el funcionario cumplió y aprobó el concurso de méritos llevado a cabo por la entidad. Aunque desde una primera mirada esta circunstancia pareciera marcar una diferencia en el análisis de la problemática, la Sala pasa a exponer las razones por las cuales considera que este precedente se aplica indistintamente de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.

(i) La esencia del restablecimiento del derecho es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano. Es por esa razón que ese tipo de condenas están dirigidas a reintegrar al funcionario al cargo que venía desempeñando y al pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que aquel nunca fue retirado del servicio.

Bajo ese entendido, no puede concluirse que las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho, que en todo caso se reconocen indexadas, tengan además un carácter indemnizatorio, porque se estaría desnaturalizando la finalidad de la decisión de restablecimiento. De ahí la diferencia con la acción de reparación directa, la cual supone el resarcimiento de los daños causados al empleado que fue desvinculado, lo que quiere decir que, una cosa es la condena por restablecimiento del derecho en donde las sumas reconocidas serán a título de salarios y prestaciones dejados de percibir y otras distinta la que corresponda a los daños y perjuicios causados por el acto ilegal de la desvinculación.

(ii) Los descuentos que han de efectuarse no surgen por la temporalidad del cargo o por la expectativa de permanencia en el mismo. Si bien este argumento es válido para determinar el momento desde y hasta el cual a un funcionario en provisionalidad se le deben reconocer los salarios y prestaciones dejados de percibir de conformidad con la naturaleza de ese tipo de vinculación, no es el fundamento que hace viable o procedente el descuento por lo percibido en otros cargos. Como se ha sostenido, la estabilidad en un cargo en propiedad tampoco es absoluta, puesto que si bien se genera una mayor expectativa de permanencia en el empleo por haber aprobado un concurso de mérito, ello no convierte al funcionario en inamovible del cargo, en tanto su labor está sujeta a la verificación temporal del cumplimiento de las funciones que le fueron asignadas.

Quiere decir lo anterior que independientemente de la expectativa de permanencia en el cargo o de la estabilidad que se predica en mayor o en menor medida en una u otra clase de vinculación, la premisa sigue siendo la misma, esto es, que el reintegro se realice sin solución de continuidad, con el pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.

(iii) La Sala reitera que independientemente de la naturaleza del cargo, en el funcionario radica la responsabilidad de su propia subsistencia económica y, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, sea cual fuere la razón y aún por un acto viciado de nulidad, aquel debe asumir la carga de su propio sostenimiento. Bajo esa línea argumentativa, para el caso de los cargos en carrera el restablecimiento del derecho también debe ser respecto de lo efectivamente dejado de percibir, es decir, cuando existe una verdadera imposibilidad de generar un ingreso como retribución por el trabajo, porque de lo contrario, se estaría permitiendo que la persona reciba dos montos salariales y prestacionales durante un mismo periodo.

8.4. Ahora bien, la Corte debe precisar que en casos como estos se está esencialmente en el campo de la reparación de un daño con ocasión del retiro injustificado en que incurrió la administración. Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, en virtud del cual *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, a aquél deberá repetir contra este”*.

Esta Corporación ha sostenido que una lectura de la norma citada permite evidenciar que en ella hay dos premisas jurídicas distintas, aunque relacionadas entre sí: la primera trata de la *responsabilidad patrimonial del Estado*, y del *deber* de responder por el daño antijurídico que le sea imputable generado por la acción o la omisión de las *“autoridades públicas*; y la segunda, trata de la *responsabilidad del servidor público* por el daño antijurídico causado con su conducta dolosa o gravemente culposa como *“agente estatal”*, y del *deber* del Estado de actuar en repetición¹⁷¹.

Particularmente, sobre la primera de ellas, este Tribunal ha dicho que el artículo 90 ordena al Estado responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, concediendo paralelamente a los asociados la protección a sus derechos y la garantía de una eventual indemnización ante daños antijurídicos que pueda generarle el Estado. Por otra parte, ha señalado que debe entenderse que la responsabilidad que plantea el artículo se extiende a *todas* las autoridades estatales siendo esta una responsabilidad de carácter institucional, que abarca no solo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas la autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan¹⁷².

De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado requiere para su demostración: (i) la existencia de un daño antijurídico, causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, que le sea imputable al Estado, y (ii) donde exista una relación de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente público, que es de la que se desprende la imputabilidad estatal. A juicio de esta Corporación, el artículo 90 no limita la responsabilidad del Estado a un ámbito en particular, sino que la noción de daño antijurídico es aplicable tanto al ámbito contractual y precontractual, como al extracontractual, porque no se evidencian restricciones constitucionales en la materia¹⁷³.

En consideración a lo anterior, la Sala estima que por aplicación del artículo 90 de la Carta Política, siempre que se acredite en debida forma el nexo causal, es procedente reparar los daños efectivamente sufridos por la acción u omisión de las autoridades estatales. En

los asuntos como el que ahora conoce la Corte dicha reparación surge del daño causado con ocasión del retiro injustificado del cargo que se venía desempeñando.

8.5. Con todo, a juicio de esta Corporación el precedente fijado por la jurisprudencia constitucional cuando se ordena el reintegro y la devolución de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, se aplica con independencia de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.

Esto, en cuanto el asunto no se relaciona con la temporalidad o la expectativa de la permanencia en el empleo, sino con la esencia misma del restablecimiento del derecho que genera la ficción jurídica de que el funcionario nunca fue retirado del empleo, indistintamente de la clase de vinculación que aquel ostente, de modo tal que serían incompatibles una condena por ese concepto y al mismo tiempo el pago de salarios y prestaciones recibidos por el ejercicio de otro cargo estatal en ese lapso.

Ahora bien, el precedente que ahora se aplica sostiene que con el propósito de que la reparación corresponda al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, la indemnización a ser reconocida no puede ser inferior a los seis meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

Esta última subregla no será acogida en esta oportunidad, en tanto para este caso el cargo que desempeñaba el demandante, según lo concluyó el Consejo de Estado en la sentencia que se ataca y que no fue objeto de debate según se explicó previamente, era un verdadero cargo de carrera lo que hacía que su nombramiento en provisionalidad fuera contrario a la Constitución.

Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará la Sala Plena a evaluar el caso concreto.

9. Análisis del caso concreto

9.1. Presentación del asunto

9.1.1. La Directora Jurídica de la Fiscalía General de la Nación promovió acción de tutela al considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, así como los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

Señaló que mediante la Resolución núm. 0-0853 del 23 de mayo de 1994, la entidad nombró en provisionalidad al señor Augusto Ramírez Zuluaga en el empleo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán. Luego, por Resolución núm. 0918 del 2 de mayo de 1996, fue declarado insubsistente con motivo del mejoramiento del servicio.

El señor Augusto Ramírez Zuluaga interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que lo desvinculó y solicitó el reintegro a un cargo igual o de superior jerarquía, así como las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de la desvinculación. Lo anterior, al considerar que para ingresar a la Fiscalía acreditó todos los requisitos exigidos en el concurso de méritos y siempre se caracterizó por su idoneidad y responsabilidad.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia de 14 de julio de 1998, negó las pretensiones de la acción. Señaló que aun cuando el actor afirmó haber logrado su ingreso al organismo previa aprobación de concurso de méritos, lo cierto era que en el expediente no obraba prueba a partir de la cual pudiera afirmarse que se encontraba inscrito en el escalafón de carrera de la Fiscalía. Esa decisión fue apelada por el demandante y decidida por la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que mediante fallo del 5 de noviembre de 1999 confirmó la determinación del *a quo*.

El señor Augusto Ramírez Zuluaga presentó recurso extraordinario de revisión, el cual fue resuelto por la Sala Especial de Decisión 20 del Consejo de Estado en sentencia del 3 de marzo de 2015. Esa Sala encontró que a pesar de no haberse remitido toda la documentación relativa a la hoja de vida del demandante, el Tribunal profirió sentencia desestimando las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación fue resuelto por el Consejo de Estado el 5 de noviembre de 1999 en igual sentido. Luego de ello, el 26 de noviembre del mismo año, la Fiscalía remitió el complemento de la información. En virtud de lo anterior, halló probado que se trataba de documentos decisivos que si bien existían al momento de proferir las decisiones de instancia, por razones atribuibles a la entidad demandada no fueron incorporados en la oportunidad establecida en el ordenamiento jurídico. Dichos documentos, según expuso, ofrecían certeza sobre los derechos de carrera que le asistían al señor Ramírez Zuluaga.

El Consejo de Estado concluyó que el nombramiento en provisionalidad era abiertamente contrario a la Constitución y a las normas que regulaban el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, como quiera que ese tipo de nombramiento solo tiene lugar en los eventos en que no se ha surtido el concurso de méritos para proveer de manera definitiva los cargos de carrera que se encuentran vacantes. Por lo anterior, declaró la prosperidad del recurso, infirmó la sentencia de primera instancia, decretó la nulidad de la resolución de nombramiento en provisionalidad y ordenó el reintegro del demandante al cargo que estaba desempeñando o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás prestaciones dejadas de

percibir desde cuando se produjo el retiro hasta su reintegro efectivo. De igual forma, declaró que no constituía doble asignación recibida del tesoro público lo percibido por el libelista desde la fecha de la insubsistencia hasta la fecha del reintegro a la Fiscalía.

La entidad accionante manifestó que la suma indemnizatoria que debe pagar al señor Ramírez Zuluaga corresponde a más de 19 años de salarios y prestaciones dejados de percibir. No obstante, en ese mismo periodo percibió recursos del tesoro público por un término de 11 años y 6 meses, cuando laboró como Fiscal Delegado y Defensor Público. Expuso que la entidad debe pagar una indemnización exorbitante de aproximadamente 2 mil millones de pesos, lo que constituye un enriquecimiento sin causa, una vulneración directa al artículo 128 de la Constitución y el desconocimiento del precedente judicial.

9.1.2. En contestación a la acción de tutela, el señor Augusto Ramírez Zuluaga señaló que la Fiscalía General de la Nación “*miente*” cuando afirma que solo hasta el 28 de marzo de 2016 tuvo conocimiento de que había trabajado para ese ente, por cuanto las hojas de vida reposan no solo en la seccional donde labora el funcionario sino en la oficina central de Bogotá. Consideró que en este caso operó “*el fenómeno de la caducidad*” por la inactividad de la parte accionante, razón por la cual la tutela debía declararse improcedente.

9.1.3. La Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela por cuanto carecía del requisito de inmediatez. Encontró que la providencia cuestionada fue proferida el 3 de marzo de 2015 y se notificó mediante edicto fijado el 10 de julio de 2015 y desfijado el 14 del mismo mes y año. Sin embargo, la acción de tutela se presentó el 19 de mayo de 2016, es decir, más de 10 meses después, por lo que se superó el término de los 6 meses que se estima como razonable para interponer la solicitud de amparo.

9.1.4. Esta decisión fue confirmada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado bajo el argumento de que la Fiscalía General de la Nación debió cuestionar en un término razonable el fallo que acusa y no esperar a si el señor Ramírez Zuluaga había percibido otros ingresos desde la fecha de insubsistencia para debatir la procedencia de los descuentos pertinentes. Estimó que no existe una explicación válida para el ejercicio de la acción de tutela por fuera del tiempo razonable y proporcional adoptado por esa Corporación, máxime si se tiene en cuenta que no hay un motivo válido que justifique la inactividad de la accionante.

9.2. Procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto.

9.2.1. Análisis de los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Con base en los hechos descritos, la Sala Plena debe determinar en primer lugar si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De conformidad con la jurisprudencia expuesta en la parte considerativa de esta sentencia, la acción de tutela, por regla general, no procede contra decisiones de autoridades judiciales, salvo cuando sean acreditadas las causales generales que le permiten al juez constitucional asumir su conocimiento. En el caso que ahora se estudia, la Sala encuentra que la tutela interpuesta por la Fiscalía General de la Nación cumple con esos requisitos de procedibilidad, como se pasa a exponer.

Relevancia constitucional de asunto.

El asunto que ahora es de conocimiento de la Sala cumple con este requisito, en primer lugar, porque la discusión se circunscribe a la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, con ocasión de la decisión proferida por una alta Corporación, respecto de la cual se alega un defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente constitucional.

Por otro lado, el debate se circunscribe a determinar si el restablecimiento del derecho, en los casos en que una persona es declarada insubsistente en su cargo pero, posteriormente, se determina que ese retiro se dio en contravía de la ley y la Constitución, supone la devolución de los salarios y prestaciones para un periodo de tiempo en el que el empleado se desempeñó en otro cargo, recibiendo así no solo los salarios y prestaciones por concepto de la prestación del servicio, sino también los emolumentos por el reintegro que se ordena como consecuencia del retiro ilegal.

Este asunto ha sido abordado por la Corte Constitucional con ocasión de las acciones de tutela interpuestas por personas que fueron nombradas en provisionalidad en cargos de carrera y que fueron desvinculadas a través de un acto sin motivación, por lo que en esta oportunidad se debe determinar, además, si ese precedente constitucional se predica únicamente de las personas vinculadas en provisionalidad, o se aplica a aquellos casos en que la persona beneficiaria del restablecimiento del derecho ostentaba un cargo de carrera administrativa luego de haber aprobado un concurso de méritos, como sucedió en el asunto de la referencia.

Agotamiento de los recursos judiciales.

La sentencia que ahora se ataca fue emitida por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como última instancia dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto del cual no existe recurso alguno que permita contrariar lo alegado en la acción de tutela.

Sobre el particular, es preciso señalar que en este caso no es procedente del recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia ante el Consejo de Estado, por dos razones: (i) este recurso solo procede contra la sentencias de única o segunda instancia de los Tribunales Administrativos de conformidad con lo establecido en el artículo 257 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mientras que en este caso se trata de una sentencia del Consejo de Estado; y (ii) porque se trata de un recurso que fue creado con el CPACA y según lo señalado en el artículo 308 de ese cuerpo normativo, ese Código solo se aplica a demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia, esto es, 2 de julio de 2012.

Con base en lo anterior, a juicio de la Sala la Fiscalía General de la Nación no cuenta con otro mecanismo judicial que le permita obtener la garantía de los derechos fundamentales cuya protección invoca.

Principio de inmediatez.

(i) Según se expuso, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela por cuanto carecía del requisito de inmediatez. Sostuvo que la providencia que resolvió el recurso extraordinario de revisión fue proferida el 3 de marzo de 2015 y se notificó mediante edicto fijado el 10 de julio de 2015 y desfijado el 14 del mismo mes y año. Teniendo en cuenta la acción de tutela se presentó el 19 de mayo de 2016, es decir, más de 10 meses después, consideró que se había superado el término de los 6 meses que se estima como razonable para interponer la solicitud de amparo.

En la impugnación a tal decisión, la Fiscalía General de la Nación señaló que como la orden del Consejo de Estado fue abstracta en tanto que no se estableció un monto específico como indemnización sino que dispuso el reintegro y el pago de lo dejado de devengar por el actor desde la insubsistencia hasta su reintegro, en principio la Dirección Jurídica de la entidad no encontró objeción adicional al cumplimiento del pago y, por lo anterior, continuó con el trámite administrativo.

Sin embargo, aclaró que realizada la preliquidación del monto a pagar y cuando la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión del Cauca allegó a la Dirección Jurídica la historia laboral completa del actor, se pudo constatar que el señor Augusto Ramírez Zuluaga laboró durante 11 años y 6 meses en la misma institución y en la Defensoría del Pueblo. De ese modo, fue durante el trámite administrativo correspondiente para dar cumplimiento a la decisión judicial que advirtió el grave detrimento patrimonial que implicaba el pago de lo ordenado.

La Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la decisión del *a quo*, al considerar que la procedencia excepcional de las acciones de tutela contra providencias judiciales no se puede supeditar a que las entidades estatales efectúen el trámite administrativo para advertir si con lo ordenado por el juez ordinario se vulneran o no sus derechos, o si cumplir lo resuelto implica un detrimento patrimonial grave. Consideró que la Fiscalía General de la Nación debió acudir a la acción de tutela en un término razonable y no esperar a si el señor Ramírez Zuluaga había percibido otros ingresos desde la fecha de insubsistencia para debatir la procedencia de los descuentos pertinentes.

(ii) Al respecto, la Sala considera pertinente recordar sobre el requisito de inmediatez que si bien el Decreto Estatutario 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que la misma pretende dar protección inmediata ante la vulneración o amenaza de los derechos, debe ser interpuesta en un tiempo razonable, contado desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión o desde que la persona sienta amenazados sus derechos. La razonabilidad del plazo está determinada por la finalidad de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto^[74].

La importancia de esta exigencia radica en lo siguiente: (i) garantiza una protección urgente de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados; (ii) evita una lesión desproporcionada a atribuciones jurídicas de terceros; (iii) resguarda la seguridad jurídica; y (iv) desestima las solicitudes negligentes^[75].

Bajo ese entendido, para esta Corporación no existe un término de caducidad para acudir a este amparo constitucional, ni resulta razonable imponer, como lo hace el Consejo de Estado, un plazo de 6 meses para el efecto. Cada caso concreto debe ser analizado bajo sus propias particularidades, teniendo en cuenta todos los matices y circunstancias que puedan presentarse en el curso del acontecimiento de los hechos.

(iii) En el escrito de tutela, la Fiscalía General de la Nación explicó el trámite administrativo que se desarrolló una vez proferida la sentencia que se ataca. Ello en los siguientes términos.

- El señor Augusto Ramírez Zuluaga presentó solicitud de cumplimiento de la providencia ante la Dirección Jurídica de la entidad el **21 de septiembre de 2015**.

- Mediante acta núm. 33 del **2 de octubre de 2015** fue repartido el fallo al grupo de reintegros de la Dirección Jurídica, por lo que solo hasta esa fecha esa dependencia tuvo conocimiento de la solicitud del señor Ramírez Zuluaga, momento a partir del cual se dio inicio al trámite administrativo para dar cumplimiento a la orden judicial.

- En oficio calendarado el **5 de octubre de 2015**, la Dirección Jurídica solicitó a la oficina competente la historia laboral y la documentación correspondiente para dar cumplimiento a la sentencia.
- El **20 de noviembre de 2015** la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión del Cauca de la entidad dio respuesta a la petición en la que remitió una certificación de servicios prestados y la hoja de vida del señor Ramírez Zuluaga.
- Ante la necesidad de aclaración de la información, la Dirección Jurídica de la Fiscalía pidió a esa Subdirección la ampliación de la información, la cual fue remitida el **28 de marzo de 2016**. A partir de esta última documentación enviada, la Dirección Jurídica se percató de que el señor Ramírez Zuluaga laboró 11 años y 6 meses en entidades públicas.

Según explicó la Fiscalía, con este trámite administrativo y conocida la liquidación que arrojó el mismo, fue que se advirtió el grave detrimento patrimonial que implicaba pagar lo ordenado en los términos de la sentencia atacada.

(iv) La Sala constata de lo anterior que en este caso no hubo inactividad o negligencia por parte de la entidad accionante. La actividad desplegada permite acreditar de manera detallada el proceso que se llevó a cabo para obtener la información que le permitiera a la Fiscalía dar cumplimiento al fallo del Consejo de Estado.

Si bien desde el mismo momento de la sentencia la entidad tuvo conocimiento de la naturaleza de lo declarado por el Consejo de Estado en el numeral quinto de la providencia, lo cierto es que ese ordinal en nada afecta los intereses de la entidad sino hasta tanto esta tenga conocimiento de si la persona beneficiaria de la orden ejerció cargos públicos durante el tiempo que duró el proceso administrativo. En ese caso, ello solo sucedió hasta el mes de marzo de 2016.

A juicio de esta Corporación, el término transcurrido desde la finalización del trámite administrativo para dar cumplimiento al fallo del Consejo de Estado hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, esto es, el 19 de mayo de 2016, es razonable para acceder a acción de tutela considerando la actividad desplegada por la entidad accionante. Incluso si se toma el tiempo transcurrido desde la fecha del fallo hasta el momento de la interposición de la tutela, tampoco parece ser excesivo dados los intereses superiores que se encuentran en discusión.

En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

Este requisito no es aplicable al asunto bajo estudio ya que las anomalías que se alegan son de carácter sustantivo y de desconocimiento del precedente.

Identificación de los hechos que generan la violación y que ellos hayan sido alegados en el proceso judicial, en caso de haber sido posible.

La Fiscalía identificó cada uno de los hechos que, a su juicio, generar la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. Los mismos no fueron alegados en el proceso administrativo, en tanto como se expuso la sentencia a través de este mecanismo constitucional fue emitida por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como última instancia dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto del cual no existe recurso alguno que permita contrariar o hacer alguna manifestación al respecto.

El fallo controvertido no es una sentencia de tutela.

Como se ha indicado, la providencia que se censura hizo parte de un proceso contencioso administrativo.

9.2.2. Análisis de los requisitos específicos de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales alegados en el caso de la referencia

9.2.2.1. Una vez definidos los puntos que hacen procedente las acciones de tutela de la referencia, entra la Sala al análisis de los requisitos especiales de procedibilidad contra providencias judiciales, específicamente el desconocimiento del precedente constitucional, resolviendo los siguientes problemas jurídicos:

Partiendo primero de la jurisprudencia sentada por esta Corporación sobre la materia y, segundo, que en este caso la persona beneficiaria de la condena no debió ser nombrada en provisionalidad sino que hacía parte de la carrera administrativa de la entidad, se debe determinar: (i) ¿si el precedente sobre el asunto constitucional se predica únicamente de las personas vinculadas en provisionalidad, o se aplica a aquellos casos en que la persona beneficiaria del restablecimiento del derecho ostentaba un cargo de carrera administrativa luego de haber aprobado un concurso de méritos? De ser así, (ii) ¿la decisión adoptada por la autoridad judicial accionada vulnera los derechos de la Fiscalía General de la Nación al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional y a la igualdad en las decisiones judiciales?

9.2.2.2. Con el fin de determinar si en el caso *sub examine* se desconoció el precedente constitucional, resulta necesario traer a colación los argumentos expuestos por la Sala Especial de Decisión 20 del Consejo de Estado en sentencia del 3 de marzo de 2015 mediante la cual resolvió el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Augusto Ramírez Zuluaga dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instauró contra la Fiscalía General de la Nación. En esa oportunidad, esa Sala se pronunció en los siguientes términos:

“Sobre el particular, la Sala encuentra que el juez de primera instancia, mediante auto de 2 de mayo de 1997, ordenó oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que allegara copia de la hoja de vida del Doctor Augusto Ramírez Zuluaga, con todos los anexos que obraran en ella.

No obstante, la documentación remitida por la Oficina de Desarrollo Humano de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Popayán en nada acreditaba que el señor Augusto Ramírez Zuluaga había ingresado al sistema de carrera de la entidad. Ciertamente, el único documento que resultaba relevante era la Resolución núm. 0-0853 de 30 de mayo de 1994, por la cual se hicieron algunos nombramientos en provisionalidad, dentro del que figuraba el recurrente. (...)

Pese a lo anterior y teniendo en cuenta que no se había remitido al plenario toda la documentación relativa a la hoja de vida del recurrente, el Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia desestimando las pretensiones de la demanda.

El recurso de apelación fue resuelto por la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de 5 de noviembre de 1999, y tan solo, el 26 del mismo mes y año, el Analista de Desarrollo Humano de la Dirección Seccional de Popayán, manifestó remitir ‘complemento’ de la documentación. (...)

Así las cosas, para la Sala es claro que los elementos de juicio allegados con posterioridad a la sentencia objeto de recurso, permiten concluir la configuración de la causal invocada, como quiera que se trata de documentos decisivos que si bien existían al momento de proferir las decisiones de instancia, por razones atribuibles a la Fiscalía General de la Nación, no fueron incorporados al proceso en la oportunidad establecida por el ordenamiento jurídico.

Se trata de documentos que ofrecen certeza sobre los derechos de carrera que le asistían al señor Augusto Ramírez Zuluaga, y en virtud de los cuales, a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debió anteceder la calificación insatisfactoria en el desempeño del cargo.

Lo expuesto permite concluir que, en efecto, en el año 1994, la Fiscalía General de la Nación realizó convocatoria para proveer mediante concurso público, algunos cargos que se encontraban vacantes, advirtiendo que dicho proceso no constituía un concurso de méritos que permitiera el ingreso a la carrera de quienes aprobaran cada una de las etapas.

En esta oportunidad, el señor Augusto Ramírez Zuluaga, participó como aspirante a uno de los cargos de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán, y una vez superó cada una de las etapas del concurso, fue incluido en el listado de personas elegibles, con posterioridad a lo cual fue nombrado en provisionalidad. (...)

Sobre el particular, es del caso resaltar que de acuerdo con el artículo 66 del Decreto 2699 de 1991 -vigente para la fecha-sustituido por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, tanto el cargo de Fiscal Local y Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, eran de carrera, y aunque con la nota aclaratoria incluida en la convocatoria la entidad demandada pretendía restarle fuerza vinculante a esta para efectos de adquirir derechos de carrera, es claro que la misma, en el sub examine, involucraba un cargo cuya provisión es reglada y para los cuales debían surtirse las etapas propias del concurso de méritos como en efecto sucedió.

***La Sala advierte que el nombramiento en provisionalidad del señor Augusto Ramírez resultaba abiertamente contrario a la Constitución y a las normas que regulaban el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, como quiera que ese tipo de nombramiento solo tiene lugar en los eventos en que no se ha surtido el concurso de méritos para proveer de manera definitiva los cargos de carrera que se encuentran vacantes*⁴⁷⁶¹. (Resaltado fuera de texto).**

Luego de acceder a las pretensiones de la demanda y de ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, la Sala dispuso en el numeral quinto de la referida sentencia que para todos los efectos legales no constituía doble asignación recibida del tesoro público, o de empresas e instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, lo percibido por el demandante desde la fecha de la insubsistencia hasta el momento del reintegro a la Fiscalía General de la Nación.

9.2.2.3. De acuerdo con lo anterior, es evidente que a diferencia de los asuntos que ha conocido la Corte sobre la materia referentes a personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, el debate en este caso surgió por la ilegalidad del nombramiento el cual nunca debió ser en provisionalidad sino como un verdadero cargo de carrera administrativa, en tanto el funcionario cumplió y aprobó el concurso de méritos llevado a cabo por la entidad. A pesar de ello y según lo expuesto, la Sala considera que el precedente constitucional sobre la materia se aplica indistintamente de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.

La esencia del restablecimiento del derecho ordenado en favor del señor Augusto Ramírez Zuluaga es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó sus derechos. La condena de la cual será beneficiario está dirigida a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando y a pagarle los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que nunca fue retirado del servicio.

Siendo así, el señor Ramírez Zuluaga no puede recibir las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho y además los salarios y prestaciones de los cargos que ejerció en la Fiscalía y en la Defensoría, u otros que hubiere recibido ya sea del sector público o del privado, durante el mismo periodo, pues la esencia del restablecimiento del derecho es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano.

Esto significa que el señor Augusto Ramírez Zuluaga es beneficiario del reintegro sin solución de continuidad, pero con el pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.

Aun cuando fue el error de la Fiscalía General de la Nación el que generó la condena que se le impone a favor del señor Ramírez Zuluaga, no por ello se suprime la responsabilidad a cargo de este último de proveerse su propia subsistencia económica, lo que en efecto sucedió. Siendo así, el demandante recibió durante un largo periodo de tiempo los salarios y prestaciones por la realización de las funciones que le fueron asignadas en otros cargos, lo que significa que durante ese tiempo percibió efectivamente otras sumas de carácter laboral, las cuales deben ser descontadas de la condena impuesta por el Consejo de Estado.

Ahora bien, la Sala estima que por aplicación del artículo 90 de la Constitución, siempre que se acredite en debida forma el nexo causal, es procedente reparar los daños efectivamente sufridos por la acción u omisión de las autoridades estatales. En los asuntos como el que ahora conoce la Corte dicha reparación surge del daño causado con ocasión del retiro injustificado del cargo que venía desempeñando la persona afectada.

Lo anterior, teniendo en cuenta que esa disposición ordena al Estado responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, concediendo paralelamente a los asociados la protección a sus derechos y la garantía de una eventual indemnización ante daños antijurídicos que pueda generarle el Estado, responsabilidad que se predica de *todas* las autoridades estatales, esto es, que abarca no solo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas la autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan.

9.3. Ahora bien, en este caso no es procedente acoger la subregla según la cual la indemnización a ser reconocida no puede ser inferior a los seis meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio. Lo anterior, por cuanto el cargo que desempeñaba señor Ramírez Zuluaga, según lo concluyó el Consejo de Estado en la sentencia que se ataca, era un verdadero cargo de carrera lo que hacía que su nombramiento en provisionalidad fuera contrario a la Constitución, lo que impide aplicar una regla como la señalada, establecida por la naturaleza propia de los cargos de provisionalidad.

9.3.1.1. Bajo este análisis, la Sala concluye que en el caso concreto el Consejo de Estado desconoció el precedente constitucional sentado por este Tribunal sobre la materia, al disponer que para todos los efectos legales, los salarios y prestaciones dejados de percibir no constituyen doble asignación recibida del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, con lo percibido por el señor Augusto Ramírez Zuluaga desde la fecha de la insubsistencia hasta la fecha del reintegro a la Fiscalía General de la Nación.

En virtud de lo anterior, procederá a revocar las decisiones proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado, en primera y en segunda instancia, mediante las cuales se negó la protección invocada por la Fiscalía General de la Nación y, en su lugar, concederá la tutela del derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad en las decisiones judiciales.

Acto seguido, dejará sin efecto el ordinal quinto de la sentencia emitida el 3 de marzo de 2015 por la Sala de Decisión 20 del Consejo de Estado, mediante la cual resolvió el recurso extraordinario de revisión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Augusto Ramírez Zuluaga.

En consecuencia, dispondrá que solo deben pagarse al demandante los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando todo lo que durante el periodo de desvinculación haya percibido como retribución por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente

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 la sentencia de segunda instancia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferida 14 de octubre de 2016, que confirmó la decisión de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, del 30 de agosto de 2016, dentro de la acción de tutela instaurada por la Directora Jurídica de la Fiscalía General de la Nación contra el Consejo de Estado, mediante la cual se le negó el amparo a la accionante. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional y a la igualdad en las decisiones judiciales.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTO el ordinal quinto de la sentencia emitida el 3 de marzo de 2015 por la Sala de Decisión 20 del Consejo de Estado, mediante la cual resolvió el recurso extraordinario de revisión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Augusto Ramírez Zuluaga.

CUARTO: En consecuencia, **DISPONER** que solo debe pagarse al señor Augusto Ramírez Zuluaga los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando lo que durante el periodo de desvinculación haya percibido como retribución por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente.

QUINTO: LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

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