

## Sentencia SU.917/10

**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

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE NEGARON NULIDAD DE ACTOS DE DESVINCULACION/ ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO**

**ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE ALTAS CORTES**-Procedencia excepcional

**CARACTER 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

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

**MOTIVACION 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, aún 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*

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

**REGIMEN DE CARRERA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-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 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 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.*

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN DEBER DE MOTIVAR ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD**-Procedencia

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

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

**ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO**-Procede declaratoria de nulidad de los actos de insubsistencia, 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 insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones 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.*

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE NEGARON NULIDAD DE ACTOS DE DESVINCULACION**-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.

---

<sup>1</sup> 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.

## 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.

<sup>2</sup> "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".

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> Expedientes T-2180541, T-2180822, T-2189945 y T-2259171.

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.**

## **II.- ACTUACION EN SEDE DE REVISION**

## **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 hubieran 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*

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> Expedientes T-2180541, T-2180822, T-2189945 y T-2259171.

*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

<sup>8</sup> 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”*.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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”*.

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 los artículos 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”.

<sup>11</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 1995.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994.

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 anomalía 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

---

<sup>16</sup> “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”.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994.

<sup>19</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007.

<sup>20</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. Cfr., Sentencia C-588 de 2009.

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 desarrolla 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 proscribire 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).

<sup>21</sup> En aquel entonces se analizó el caso de una notaria nombrada en provisionalidad que fue declarada insubsistente sin motivación alguna del acto de retiro.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Tomás Ramón Fernández, *“De la arbitrariedad de la administración”*. Madrid, Civitas, p.1994, p.84.

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.- Debido 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 CP), 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>.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998.

<sup>26</sup> En los términos de esta Sentencia, decláranse 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.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto del 22 de octubre de 1975. Cfr. Sentencia SU-250/98.

<sup>28</sup> Juan Carlos Cassagne, *"El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa"*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p.205.

<sup>29</sup> 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".

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 2005.

<sup>31</sup> 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.

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

<sup>32</sup> Tomás Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid, Civitas, p.1994, p.164-165.

<sup>33</sup> La Corte declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 79 de la Ley 190 de 1995.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-038 de 1996 y C-646 de 2000.

<sup>35</sup> En los términos de esta Sentencia, decláranse 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.

<sup>36</sup> Esta fue precisamente una de las normas declarada exequible en forma condicionada en la Sentencia C-371 de 1999.

<sup>37</sup> “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”.

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, aún 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 exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso,

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2009.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250 de 1998, T-313 de 2003, entre otras.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998.

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, controlado 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".

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 recalado, 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.**

<sup>43</sup> 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.*"

<sup>44</sup> Ver Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

<sup>45</sup> Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

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

<sup>49</sup> “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 (...)”.

<sup>50</sup> En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5° del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4° de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8° de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

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 insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias 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>, aún 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 ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

<sup>56</sup> “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 2°. 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.

<sup>57</sup> Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

<sup>58</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

<sup>61</sup> 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).

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 predicán 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>.

<sup>62</sup> 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).

<sup>63</sup> 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”.

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

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 insubsistente 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 inadmisibles 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 insubsistencia 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

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

<sup>66</sup> 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”.

<sup>67</sup> Tomás Ramón Fernández, “*De la arbitrariedad de la administración*”. Madrid, Civitas, p.1994, p.162

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

<sup>71</sup> En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “*Las razones del Derecho*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, “*La Argumentación en el Derecho*”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, “*Argumentación y sentencia*”. En: Revista DOXA 21, 1998.

<sup>72</sup> “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; (...)”.

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 insubsistencia 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

<sup>73</sup> 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 1°); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°), 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 4° de la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron 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 4° 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 2° 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 (...)”.

<sup>74</sup> “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”.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2007.

<sup>76</sup> 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

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 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.

<sup>77</sup> 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”.

<sup>78</sup> “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.

<sup>79</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

<sup>80</sup> “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”.

<sup>81</sup> “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.

<sup>82</sup> “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”.

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 insubsistencia.

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

(...)

---

<sup>83</sup> Por razones de orden metodológico la Corte omite algunas citas de la Sentencia C-279 de 2007.

Es preciso destacar que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia 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 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), 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

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

<sup>87</sup> “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

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 inexecutable 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>.

---

*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).

<sup>88</sup> “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).

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> 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.

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 CP)<sup>97</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 CP). 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 inexecutable 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”.

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>98</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

<sup>93</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-037 de 1996 y C-713 de 2008.

<sup>94</sup> Luis Prieto Sanchís, “*Justicia constitucional y derechos fundamentales*”. Madrid, Trotta, 2003, p.116.

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

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 aún 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 insubsistencia 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>99</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>100</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>101</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>102</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>103</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.

<sup>99</sup> 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.

<sup>100</sup> Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99).

<sup>101</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01).

<sup>102</sup> Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

<sup>103</sup> 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.

- 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 predicable 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 2° 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 insubsistencia 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, aún 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 insubsistencia 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 insubsistencia 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 insubsistencia. 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 insubsistencia (T-1206/04)”<sup>104</sup>.

Ahora bien, la invocación que pudiese 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 insubsistencia se inspira en razones de buen servicio o que subyace un fin intrínseco y adecuado en esta dirección<sup>105</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:

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-023 de 2009.

<sup>105</sup> 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 insubsistencia son legalmente válidas. *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, Sentencia del 26 de julio de 2008 (rad. 0606-07).

“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>106</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 insubsistencia 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).

---

<sup>106</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 2006 y T-251 de 2009.

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 suscite 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 sistémica 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>107</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>108</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>109</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>110</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>111</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>112</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>113</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>114</sup>.

<sup>107</sup> Cosa distinta es que el procedimiento sistémico 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.

<sup>108</sup> 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 inexecutable 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>109</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

<sup>110</sup> Otto Bachof, “Jueces y Constitución” (1959). Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid, Civitas, 1985, p.43.

<sup>111</sup> Luis Prieto Sanchís, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Trotta, 2003, p.112.

<sup>112</sup> Ídem, p.116-117.

<sup>113</sup> 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 inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad; y (iv) 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.

<sup>114</sup> 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.

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 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 insubsistencia, por considerar que de esta forma se permite al administrado conocer las razones de la entidad con base en ellas ejercer su derecho de contradicción y defensa<sup>115</sup>.

En otras ocasiones dispone que la Administración motive la insubsistencia en un término perentorio y, en el evento de no hacerlo, proceda al reintegro del servidor público desvinculado. Ha considerado que el silencio “equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada”<sup>116</sup>.

Así mismo, cuando la Corte constata la amenaza de un perjuicio irremediable, ha ordenando el reintegro transitorio del servidor público al cargo del cual fue retirado sin motivación alguna<sup>117</sup>, hasta tanto la jurisdicción contencioso

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1240 de 2004. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias T-752 de 2003, T-597 de 2004, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-123 de 2005, T-132 de 2005, T-374 de 2005, T-087 de 2009, entre muchas otras.

<sup>117</sup> 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.

administrativa resuelva definitivamente la controversia. Incluso, en ciertas ocasiones, ha dejado sin efecto de manera definitiva el acto de retiro<sup>118</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 insubsistentes 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>119</sup>, aún 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>120</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 aún 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

<sup>118</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-392 de 2005, T-048 de 2009.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> Ver también las Sentencias T-033 de 2002, T-982 de 2004, T-1168 de 2008 y T-104 de 2009, entre muchas otras.

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.

#### **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 plantee el caso<sup>121</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>122</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.

<sup>121</sup> 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.

<sup>122</sup> En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003.

- 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 tuvieron 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>123</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

<sup>123</sup> 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.

Colombiana de Vías Férreas -FERROVIAS-, 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, aún cuando la orden entonces proferida<sup>124</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>125</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>126</sup> y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

<sup>126</sup> “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).

<sup>127</sup> “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).

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>128</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>129</sup>.

<sup>128</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 44/2008. Caso 12.448:

“50. En el presente caso, el señor Cadena Antolínez 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 Antolínez 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 Antolínez 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 Antolínez 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 Antolínez 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 superiores 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).

<sup>129</sup> 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

- 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, proferió 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>130</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

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 Antolinez.

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.

<sup>130</sup> 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)

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 insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes<sup>131</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 insubsistente 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 Contraloría 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 insubsistente, 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 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 de la señora Isabel Linero Gómez 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 cuales 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 cuales 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

<sup>131</sup> 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.

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 insubsistencia 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 insubsistente 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 Contraloría 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 consecuentemente 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 cuales 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 cuales 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 cuales 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 cuales 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 1° de julio del mismo año.

Aún 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>132</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>133</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>134</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**

<sup>132</sup> 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”.

<sup>133</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2009, proceso 28339.

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de abril de 2009, proceso 28745.

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 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 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 insubsistencia 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 insubsistencia 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 del 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 (Luis 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 insubsistencia 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 profiriendo sentencia sustitutiva o de reemplazo, para lo cual declarará la nulidad del acto administrativo de insubsistencia.

En consecuencia, revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1° 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 4° 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>135</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

---

<sup>135</sup> 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 resuelto asuntos relacionados con Telecom- en liquidación -. Recientemente en Sentencia T-001 de 2010, la Corte también se pronunció respecto de derechos reclamados por ex trabajadores de la extinta Adpostal – en Liquidación-.

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 insubsistencia 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 del 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 insubsistente 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 insubsistente 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 (Luis 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 insubsistencia 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 1° 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 Cristini 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 insubsistencia 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 insubsistente 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 insubsistencia 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 insubsistencia 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.

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 IVAN PALACIO PALACIO  
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA  
Magistrado  
*Con salvamento parcial de voto*

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB  
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO  
Magistrado