COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/054/15

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/054/15
Expediente	T-3718026
Fecha	2008-12-15
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales Por Desconocimiento Del Precedente Jurisprudencial De La Corte Constitucional
- Motivacion De Los Actos Administrativos Que Declaran La Insubsistencia De Los Nombramientos En Provisionalidad En Cargos De Carrera
- Motivacion Del Acto Administrativo Que Desvincula A Empleados En Cargos Provisionales
- Deber De Motivacion De Actos De Insubsistencia De Los Funcionarios De La Fiscalia General De La Nacion
- Nulidad Por Falta De Motivacion De Actos De Retiro De Empleados En Cargos De Provisionalidad

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los

Texto completo

SU054-15 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia SU054/15 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL- Formas en que puede ser desconocida la jurisprudencia RATIO DECIDENDI- Criterios de identificación PRECEDENTE JUDICIAL Y RATIO DECIDENDI- Regla jurídica no puede ser desconocida por las autoridades judiciales CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD- Goza de estabilidad laboral relativa MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso La estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso. En este orden, lo que se busca con la motivación, no es nada distinto a que el servidor tenga la posibilidad de defenderse en juicio, si así lo considera, y poder contradecir las razones por las cuales lo declararon insubsistente en el cargo, de lo contrario, se vería transgredido su derecho de

acceso efectivo a la administración de justicia, pues es indispensable para el control de los actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por esto, se ha dicho incluso que la obligación de motivar los actos administrativos, se extiende a la administración, aún en eventos de desvinculación de funcionarios de carrera en provisionalidad, en procesos de reestructuración de la administración.

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Explicación de manera clara, detallada y precisa sobre las razones sobre las cuales se prescindirá del servicio MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DESVINCULA A EMPLEADOS EN CARGOS PROVISIONALES- Contenido Es indispensable que el acto administrativo por medio del cual se va a retirar del servicio a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, esté motivado, para que se le garantice de manera efectiva la estabilidad laboral relativa a la que tiene derecho, dado que su situación no es asimilable a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues el primero, fue nombrado para satisfacer la necesidad del servicio y no por la existencia de una relación de confianza para desempeñar funciones de dirección y manejo. De la misma forma, el deber de motivación impone la carga de que la misma sea clara, exponga de manera cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho en las cuales se fundamenta la decisión de prescindir del funcionario, sin que se admitan justificaciones genéricas.

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE INSUBSISTENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION- Reiteración SU917-10 NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE EMPLEADOS EN CARGOS DE PROVISIONALIDAD- Reiteración SU917/10 ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Procede declaratoria de nulidad de los actos de insubsistencia, orden de reintegro a los cargos ocupados y a título indemnizatorio la suma no deberá ser inferior a seis meses ni superior a veinticuatro meses de salario ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida como establecimiento del derecho, según sentencia SU556-14 Las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Reintegro solo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia por desconocimiento del precedente judicial en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de funcionario nombrado en provisionalidad en cargos de carrera Referencia: Expedientes acumulados T-3.691.582, T-3.718.026 y T-3.731.720 3.731.572.

Acciones de tutela instauradas por Myriam Leonor Acosta Melo contra el Tribunal Administrativo del Atlántico; Aida Janeth Cáceres Paredes contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil, el Tribunal Administrativo de Santander y la

Fiscalía General de la Nación; José Edmundo Bravo Obando contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección D de la Sección Segunda y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá; y, Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Bogotá D.C., doce (12) de Febrero de dos mil quince (2015) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente, SENTENCIA En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia.

I. Antecedentes 1. Expediente T-3.691.582 El día cinco de diciembre del 2011, la señora Myriam Leonor Acosta Melo, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, alegando la existencia de una vía de hecho, y la consecuente vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la supremacía de la Constitución, al acceso material y no meramente formal a la administración de justicia, a la seguridad social, a la salud y a la vida. Expuso que tal decisión judicial, trasgredió el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto 2591 de 1991, Decreto 1382 de 2000; y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado: con base en los siguientes, 1.1.

Hechos 1.1. Relató que fue vinculada al servicio de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, mediante nombramiento en propiedad, en el cargo de Visitadora de Policía Judicial grado 15 del CTI, mediante la Resolución CTPJ 16410 del 25 de julio de 1990, tomando posesión el ocho de agosto de 1990.

1.2. Cuando se creó la Fiscalía General de la Nación, fue nombrada en el cargo de Profesional Universitario Grado 10, del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 0058 del 30 de junio de 1992, tomando posesión del cargo el primero de julio de 1992.

1.3. Posteriormente, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 0-0708 del dos de abril de 1996, tomando posesión el ocho de abril de ese mismo año.

1.4. Mediante Resolución 00918 del 16 de octubre de 1996, fue trasladada a la ciudad de Barranquilla, nombrada como Coordinadora de la Unidad de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

1.5. Dijo haber desempeñado sus funciones con responsabilidad y probidad. Manifestó que denunció ante sus superiores jerárquicos el mal manejo administrativo y financiero que se estaba presentando por parte de los funcionarios del nivel central, sobre el fondo de gastos reservados, lo que, según ella, le costó la malquerencia de sus compañeros y del Jefe del Programa de Protección, situaciones que en su decir, tuvieron que ver para que fuera declarada insubsistente.

1.6. Mediante Resolución número 0-0428 del 23 de abril de 2001, fue declarada insubsistente, sin que dicho acto estuviera motivado. 1.7. De conformidad con el artículo 106 del Decreto 261 de 2000, el cargo ocupado por ella no era de libre nombramiento y remoción, por lo cual, debía proveerse mediante la realización de un concurso de méritos, concurso que no se había convocado.

1.8. Señaló que si bien su nombramiento era en provisionalidad, la ley no autoriza al Fiscal General de la Nación para declarar insubsistente a los funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, en uso de la facultad discrecional, pues tales vacantes no tienen el carácter de cargos de libre nombramiento y remoción.

1.9. Asimismo, informó que su retiro no estuvo si quiera justificado en la mejora del servicio, pues cuando debió dejar su cargo, le hizo entrega de aquel a un subalterno suyo y su puesto quedó acéfalo casi tres meses.

1.10. Se quejó de que la Fiscalía General de la Nación la hubiese declarado insubsistente sin que previamente se hubiera iniciado en su contra un proceso disciplinario, o se hubiese recomendado su retiro en un informe de inteligencia para mejorar el servicio o, por razones de seguridad. Recalcó que el acto administrativo por medio del cual se le separó del cargo, no solo no fue motivado, sino que además, en sede judicial, la Fiscalía tampoco explicó cuál había sido la razón por la cual se le retiró del servicio.

1.11. Fue así como inconforme con la resolución por medio de la cual se le declaró insubsistente, interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la que conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla [1] , el cual, mediante sentencia del 20 de octubre de 2010, decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

1.11.1. El Juez, acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación, ni trámite administrativo previo, menos aún, si tal despido se hizo en uso de la facultad conferida al nominador por el artículo 251 de la Constitución. En el mismo sentido, expuso que la omisión de la entidad demandada en regular la carrera y en efectuar el respectivo concurso, no le confiere estabilidad en el empleo a los trabajadores de tal Ente.

1.11.2. No obstante lo anterior, resolvió, que la resolución por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la accionante, estaba viciada de nulidad por cuanto fue emitida con desviación de poder, dado que no fue expedida atendiendo al interés general, no logrando así, el mejoramiento del servicio.

1.11.3. Expuso que el buen comportamiento de la actora no le confería ningún derecho de permanencia en el cargo, pues en efecto, a juicio del nominador, pueden darse otras circunstancias que no constituyan plena garantía de la prestación adecuada del servicio, y, en uso de la facultad discrecional, éste puede declararla insubsistente sin necesidad de explicar su acto.

1.11.4. En todo caso, encontró probado que con el retiro de la señora Myriam Leonor Acosta Melo no se mejoró el servicio. Ello fue así, por cuanto la accionante fue reemplazada casi tres meses por un subalterno suyo, a quien hizo entrega de su puesto, siendo solo un estudiante de derecho sin experiencia en las materias por ella conocidas, lo que puso en decaimiento el funcionamiento de de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de la Fiscalía.

1.11.5. En el mismo sentido, consideró que la persona a quien se nombró en reemplazo de la actora y tomó posesión del cargo, era abogado mas no sicólogo, lo cual le impedía brindar asistencia sicológica a las víctimas y testigos, además de que no tenía experiencia en la administración judicial sino en la administración distrital.

1.11.6. Con base en las consideraciones expuestas, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, a título de restablecimiento del derecho, le ordenó a la Fiscalía General de la Nación reintegrar a la señora Myriam Leonor Acosta Melo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración, pagarle los salarios, primas, bonificaciones, prestaciones y demás factores salariales causados, desde el momento de su desvinculación, hasta que se produjera el reintegro, con sus respectivos incrementos anuales. Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, la misma providencia ordenó ajustar a valor presente la liquidación de la condena, descontando de ésta los aportes parafiscales que debe hacer la actora; y señaló que los intereses de mora se causarían a partir de la ejecutoria de la sentencia y solo en relación con los valores liquidados hasta esa fecha [2] .

1.12. La Fiscalía General de la Nación, presentó recurso de apelación contra el fallo del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, proferido el 20 de octubre de 2010.

1.12.1. Expuso que la eficiencia de un funcionario no le otorga inmovilidad, pues en criterio del nominador pueden existir muchas razones para ejercer la facultad discrecional. En este sentido, citó jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que “la prueba de la idoneidad no desvirtúa la presunción de legalidad del acto de insubsistencia” [3] .

1.12.2. Rebatió también el argumento del a quo, según el cual con el retiro de la señora Acosta Melo no se mejoró el servicio , exponiendo que la persona que reemplazó a la actora cumplía con los requisitos por la ley exigidos para ocupar ese cargo, y manifestó que si bien esa persona no conocía la entidad, tenía la posibilidad de realizar un curso de inducción y de adelantar los mismos cursos de formación culminados por la actora en la Fiscalía.

1.12.3. Reiteró que el hecho de que la señora Acosta Melo no tuviera procesos disciplinarios o sanciones en su contra, no la hacía merecedora de un fuero especial de estabilidad, pues el buen servicio es un deber de todo servidor público, por lo que tales circunstancias no enervan la facultad discrecional del nominador, ni conceden estabilidad laboral.

1.12.4. Con base en los anteriores argumentos, insistió que la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora Acosta Melo no contiene irregularidad alguna y solicitó se revocara íntegramente la sentencia impugnada.

1.13. Por su parte, el Tribunal administrativo del Atlántico en sentencia del 28 de septiembre de 2011 [4] , revocó la sentencia de primera instancia. Consideró que la idoneidad y eficiencia de la señora Acosta Melo en el desempeño de sus labores no le generaba per se una estabilidad en su cargo, por lo cual la actora debía demostrar que el móvil por el cual se le había declarado insubsistente no había sido la búsqueda del buen servicio, sino, satisfacer intereses caprichosos y personales, ajenos a la mejoría y al interés general.

1.13.1. Se detuvo en el argumento del Juzgado, que atribuyó la desmejora del servicio a que la señora Myriam Leonor desempeñaba también funciones de sicóloga, y que al haberse reemplazado por un abogado, las víctimas, testigos, funcionarios e intervinientes habían quedado desprovistos de tal tipo de asistencia. Rebatió el Tribunal tal argumento, exponiendo que las funciones de sicóloga no eran inherentes al cargo y no estaba probado que la actora evaluara sicológicamente a víctimas, funcionarios e intervinientes.

1.13.2. Finalizó exponiendo las calidades profesionales de quienes reemplazaron a la señora Myriam Leonor, para decir que no hay prueba dentro del expediente de la cual se pueda inferir que aquellas personas no cumplían con los requisitos para ejercer el cargo [5] o que necesitaran de cierto perfil para ocupar el mismo.

1.2. La solicitud de tutela y los argumentos en los que ella se fundamenta 1.2.1. La señora Myriam Leonor Acosta Melo, solicita dejar sin efecto la sentencia del 28 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y en su lugar confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución 0-0428 de abril 23 de 2001, que la declaró insubsistente en el cargo de Profesional Especializado de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

1.2.2. Expuso que se configuran las causales tanto generales como específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1.2.3. Sobre las segundas, expuso que la providencia judicial acusada adolece de los defectos procedimental absoluto, fáctico y sustantivo. 1.2.3.1. Relató que el primero de los defectos se configuró, dado que el Tribunal Administrativo del Atlántico falló al margen del procedimiento establecido en la Constitución y en la ley, pues es sabido que es inexcusable el deber de motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera.

1.2.3.2. Fundamentó el defecto fáctico, en que dentro del proceso ante la jurisdicción contenciosa, no hubo ningún medio probatorio del cual se pudiese inferir el motivo por el cual debía ser separada de su cargo. De igual forma, se quejó de

que el Tribunal no hubiese requerido a la Fiscalía para que allegara prueba sobre las funciones que desempeñó como sicóloga en la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Regional Norte de la Fiscalía, lo que al final, redundó solo en su contra.

1.2.3.3. Por su parte, el defecto material y sustantivo en la sentencia del Tribunal, lo sustentó en la ostensible contradicción existente entre los fundamentos y la decisión, pues de una parte se dijo que ella prestaba un buen servicio, pero fue reemplazada por funcionarios que no tenían iguales o superiores condiciones que las suyas.

Además, el Tribunal expuso que la apelante no logró demostrar que las personas que la reemplazaron no cumplían los requisitos para ocupar el cargo del cual fue declarada insubsistente, cuando la apelante no fue la señora Myriam Leonor, sino la Fiscalía General de la Nación, entonces si la apelante no tenía razón, no ha debido el ad quem revocar el fallo.

1.2.4. Para terminar, expuso que la decisión del Tribunal carecía de motivación, pues se limitó a transcribir los argumentos que expuso la Fiscalía en la apelación. De igual forma, manifestó que la sentencia del Tribunal desconoció abiertamente el precedente de la Corte Constitucional, en tanto ha sido múltiple la jurisprudencia de dicho Tribunal sobre la necesidad de motivar el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera.

1.2.5. La accionante también puso en conocimiento que en atención a su edad y a estado de salud, le ha sido imposible vincularse laboralmente, pues hace aproximadamente 5 años le descubrieron un tumor cerebral que al ser operado le afectó el habla y la motricidad, por lo cual también ha visto vulnerados sus derechos a la salud y a la seguridad social, ya que carece de recursos económicos para solventar su congrua subsistencia y su tratamiento médico.

1.3. Actuaciones 1.3.1. Mediante providencia del cinco de diciembre de 2011, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, admitió la acción de tutela instaurada por la señora Myriam Leonor Acosta Melo en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico, y, ordenó vincular como terceros interesados en el resultado de la misma, al Juez Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla y a la Fiscalía General de la Nación.

1.3.1. Tribunal Administrativo del Atlántico 1.3.1.1. El magistrado ponente de la decisión de segunda instancia proferida el 28 de septiembre de 2011, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la actora contra la Fiscalía General de la Nación, contestó la acción de tutela manifestado que la providencia judicial atacada no adolecía de vía de hecho, dado que el Tribunal se había circunscrito al análisis del escrito de apelación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en virtud de la remisión que a ella hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

1.3.1.2. Así, expuso que sus argumentos se limitaron a afirmar que con la desvinculación de la actora no se acreditó la desmejora del servicio, pues el buen comportamiento y la eficiencia en el empleo, no son per se , elementos que brinden fuero de estabilidad alguno para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, ni conceder estabilidad laboral al funcionario de libre nombramiento y remoción.

1.3.1.3. Sostuvo que la sentencia proferida por dicha oficina judicial, se basó en argumentos jurídicos que estuvieron sustentados en las pruebas recaudadas en las instancias, solo que a juicio del ad quem , tales elementos probatorios no acreditaron que el servicio o su eficiencia hubiesen disminuido con el cambio de funcionario.

1.3.1.4. Finalmente, manifestó que el perjuicio irremediable al que se refiere la accionante en la instancia constitucional no guarda relación con el asunto que se debatió en la sede contenciosa administrativa, la cual se ocupó solamente de la nulidad y del restablecimiento del derecho.

1.3.1.5. Por tales razones, solicitó al Consejo de Estado que declarara improcedente la acción de tutela, o en su defecto, denegara la misma por no haberse incurrido en una vía de hecho en la sentencia que culminó la segunda instancia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.3.2. Fiscalía General de la Nación 1.3.2.1. Solicitó se declarara improcedente la acción de tutela interpuesta, dado que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico no adolece de vía de hecho, pues tuvo en cuenta el material probatorio que reposa en el expediente y, además, las consideraciones jurídicas se fundamentaron en decisiones autónomas proferidas dentro de su competencia legal por el Tribunal accionado, con base en la jurisprudencia que sobre la materia ha sentado el Consejo de Estado.

1.3.2.2. Fue enfática la Fiscalía en manifestar que la acción de tutela no puede ser una tercera instancia en el asunto de la referencia, pues el debate ya fue dilucidado ante el juez natural.

1.3.2.3. Reiteró que el despido de la señora Myriam Leonor se fundamentó en la facultad discrecional que la Constitución le ha atribuido al ente acusador y, que se cumplieron los requisitos de ley para tal efecto, pues la desvinculación de la señora se dio en vigencia de la Ley 443 de 1998, que no exigía que el acto administrativo por medio del cual se desvinculaba a un funcionario que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, debía ser motivado.

1.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso a. Copia de la Resolución 0-0708 del dos de abril de 1996, de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se nombra en provisionalidad a la señora Myriam Leonor Acosta Melo, como profesional especializado, en la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación [6] .

b. Copia de la Resolución 0-0428 del 23 de abril de 2001, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento efectuado a la señora Myriam Leonor Acosta Melo, del cargo de profesional especializado, de la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación [7] .

c. Copia de la comunicación fechada el 25 de abril de 2001, dirigida al señor Pedro Alonso Arias Hernández, Investigador Judicial II de la Fiscalía General de la Nación, Unidad Regional de Barranquilla, por medio de la cual le informan que a partir de tal fecha debe asumir las funciones de Coordinador de esa Unidad Regional, en virtud de la declaratoria de insubsistencia de la accionante [8] .

d. Copia de la Resolución 0-0992 del 29 de junio de 2001, por medio de la cual nombran en provisionalidad al señor Germán del Carmen Guerrero Acevedo, en el cargo ocupado por la actora, esto es, como profesional especializado de la Unidad de Protección y Asistencia de Barranquilla, de la Fiscalía General de la Nación [9] .

e. Copia del acta de posesión 0180 del 16 de julio de 2001, del señor Germán del Carmen Guerrero Acevedo, en el cargo en el que fue nombrado mediante Resolución 0-0992 del 29 de junio de 2001 [10] .

f. Copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por la señora Myriam Leonor Acosta Melo, mediante apoderado judicial [11] .

g. Copia de la sentencia del 20 de octubre de 2010, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la actora, contra la Fiscalía General de la Nación y otros [12] .

h. Copia del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, contra el fallo del 20 de octubre de 2010 proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla [13] .

i. Copia de los alegatos de conclusión presentados por la Fiscalía General de la Nación ante al Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, en el trámite del recurso de alzada [14] .

j. Copia de la sentencia del 28 de septiembre de 2011, del Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se desata el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2010, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla.

[15] k. Copia del concepto presentado por el Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el trámite del recurso de apelación, en el cual recomienda que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla debe ser confirmada [16] .

l. Copia de los alegatos de conclusión presentados por la accionante ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, dentro de la primera instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho [17] .

m. Copia de los alegatos de conclusión presentados por la accionante ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro de la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho [18] .

n. Copia de la audiencias públicas llevadas a cabo los días 12 de agosto y dos de septiembre de 2008, ante el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá Sección Segunda, en calidad de comisionado, en las cuales se recepcionaron los testimonios de Julián Rocha Mejía, Gloria Rosario Prieto Vargas y Martha Judith Agudelo Córdoba, los que fueron enviados al comitente, Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla [19] .

ñ. Copia del oficio no. 4929, del nueve de agosto de 2004, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Atlántico requiere a la Fiscalía General de la Nación, para que envíe las siguientes pruebas documentales: copia autenticada del acto administrativo u oficio mediante el cual se designó a la actora en el encargo para ocupar el cargo de profesional especializado, Coordinador de la Unidad Regional Costa Norte con sede en Barranquilla; copia auténtica del acto administrativo de nombramiento;

acta de posesión y hoja de vida de Germán Guerrero quien fue nombrado en provisionalidad para ocupar el cargo que tenía la actora; y, certificación de las funciones y labores que correspondían a la señora Myriam Leonor Acosta Melo, en su condición de profesional especializada como sicóloga y Coordinadora de la Unidad Regional del Norte [20] .

o. Copia del memorial presentado por la apoderada judicial de la actora ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, solicitando requerir a la Fiscalía para que entregue las pruebas pedidas por tal oficina judicial en oficio no. 4929 de agosto nueve de 2004 [21] .

2. Expediente T-3.718.026 La señora Aida Janeth Cáceres Paredes, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander, el Juzgado Único Administrativo de San Gil - Santander y la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al acceso efectivo a la administración de justicia, a la igualdad, al trabajo, y a la estabilidad laboral, con base en los siguientes, 2.1. Hechos 2.1.1.

Mediante Resolución 0-0432 del 28 de febrero de 1995, ingresó a la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad, al cargo de Secretario Judicial I, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en el cual se posesionó el tres de abril de 1995.

2.1.2. Se dispuso su traslado a través de la Resolución 0-00395 del cinco de marzo de 1996, a la Dirección Seccional de Fiscalías de San Gil - Santander, siendo asignada a la Unidad Local de Fiscalías de Vélez y, posteriormente trasladada a la Unidad Local de Fiscalías de Barbosa - Santander.

2.1.3. El 30 de enero de 2004, la Fiscalía General de la Nación, por medio de la Resolución 0-0321 de enero 30 de 2004, la cual carecía de motivación, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Secretario Judicial I, adscrito para ese momento a la Dirección Seccional de Fiscalías de San Gil.

2.1.4. Presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, para que se declarara la nulidad de la Resolución 0-0321 de enero 30 de 2004, argumentando la violación al debido proceso por la ausencia de motivación del acto de desvinculación. Expuso que la aludida resolución adolecía del vicio de desviación de poder, dado que su retiro no obedeció al mejoramiento del servicio. En su decir, dicha resolución dejó la impresión de ser una sanción a una persona que sirvió en forma leal a la institución, sin jamás haber recibido el más mínimo reproche.

2.1.5. La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho correspondió en primera instancia al Juzgado Único Administrativo de San Gil [22] , que mediante sentencia del tres de mayo de 2010, negó las pretensiones de la misma. Dicho juzgado, acogió la postura jurisprudencial del Consejo de Estado según la cual, los empleados de la Fiscalía que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden ser desvinculados de la institución mediante la expedición de un acto administrativo que no debe estar motivado, pues sostiene que este tipo de servidores no tienen ninguna estabilidad laboral, no obstante el buen desempeño en el ejercicio del mismo, dado que se asimilan a los de libre nombramiento y remoción, vale decir, se presume que la declaratoria de insubsistencia está fundamentada en el buen servicio.

2.1.5.1. Como fundamentos normativos de lo antes dicho, citó lo reglado en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998, normas que estipulan que el despido de un funcionario de las calidades de la demandante, puede hacerse mediante un acto administrativo que no esté motivado.

2.1.5.2. En todo caso, expuso el Juez que en la resolución atacada sí existe una breve motivación, pues advierte que la misma se profirió en uso de las facultades constitucionales y legales, especialmente las conferidas por el artículo 251 de la Constitución Política. Por lo mismo, reafirmó que la resolución por medio de la cual se le separó del cargo a la accionante no estaba viciada por desviación de poder, y adujo que la señora Cáceres Paredes no logró probar su dicho y, en consecuencia, no desvirtuó la presunción de legalidad que pesa sobre el acto administrativo acusado.

2.16. La accionante presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión judicial, y, el Tribunal Administrativo de Santander [23] , mediante providencia del 18 de octubre de 2011, resolvió confirmarla.

2.16.1. Para el Tribunal, no hubo desviación de poder, dado que no se demostró por parte de la actora que la resolución por medio de la cual se le declaró insubsistente no hubiese tenido como fin la mejora del servicio.

2.16.2. Acogió igualmente el Tribunal la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación ostentan la calidad de empleados de libre nombramiento y remoción [24] , dado que su nombramiento está supeditado a la decisión que pueda adoptar el nominador, estando sujetos en cualquier momento a ser declarados insubsistentes sin necesidad de motivar tal declaratoria.

2.16.3. Para dicho despacho, solo los empleados de carrera, que han aprobado un concurso de méritos, tienen el derecho de permanecer en el servicio y gozar de una relativa estabilidad en el cargo. En ese sentido, sostuvo el Tribunal, que se aparta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual, tales actos deben ser motivados, pues en el caso concreto no se transgredieron derechos fundamentales.

2.16.4. Para el Tribunal, la legalidad del acto por medio del cual se desvinculó a la accionante tampoco está en entredicho, dado que el mismo se profirió con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, pues solo a partir de tal normatividad, la facultad discrecional se volvió regalada y, como quiera que la resolución de insubsistencia se expidió el 30 de enero de 2004, no estaba sujeta a la motivación que tal disposición legal exige. Así solo se dio cumplimiento a lo prescrito en la Ley 443 de 1998 y en el artículo 7 del Decreto Reglamentario 1572 de 1998.

2.16.5. Hizo referencia el Tribunal, a que el buen desempeño laboral de un empleado nombrado en provisionalidad tampoco lo hace acreedor al fuero de estabilidad laboral, ni le impone a la administración la carga de motivar el acto administrativo que lo declara insubsistente.

2.16.6. Concluyó, desechando el argumento según el cual la insubsistencia laboral debía estar condicionada a la provisión del empleo mediante un proceso de selección, pues como ya lo había expuesto, el Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 del mismo año, en su artículo 7º, es claro en determinar que el nominador puede dar por terminado un nombramiento en provisionalidad mediante resolución ausente de motivación.

2.2. La solicitud de tutela y los argumentos en los que ella se fundamenta 2.2.1. La señora Aida Janeth Cáceres Paredes, interpuso acción de tutela y solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales, y se ordenara dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por el Juzgado Único Administrativo de San Gil, el tres de mayo de 2010 y el Tribunal Administrativo de Santander, el 18 de octubre de 2011, en primera y en segunda instancia, respectivamente.

2.2.2. En su lugar, solicitó se declarara la nulidad de la Resolución 0-0321 del 30 de enero de 2004, de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual fue separada de su cargo de Secretario Judicial I, y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la Fiscalía su reintegro al cargo desempeñado al momento del retiro o a uno superior, sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejadas de percibir, desde la fecha de desvinculación, hasta que sea efectivamente reintegrada; pagos que deberán hacerse actualizados conforme con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y demás normas concordantes.

2.2.3. Para la señora Cáceres Paredes, contra la sentencias atacadas, operan las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.2.4. En relación con las segundas, expuso que, en su caso, las sentencias incurren en un defecto fáctico, pues tanto el Juez Único Administrativo de San Gil como el Tribunal Administrativo de Santander, admitieron que la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente no debía motivarse, de manera que no pudo ejercer su derecho de defensa correctamente, dado que su proceso estaba perdido desde la presentación de la demanda.

2.2.4.1. En su sentir, las sentencias también incurrieron en otras dos causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como son: el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución. La primera la fundamentó en el hecho de que las sentencias atacadas por esta vía desconocieron la nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual, los actos administrativos en los que se declara la insubsistencia en el nombramiento de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, que en provisionalidad ocupan cargos de carrera, deben ser motivados. La segunda, la sustentó en el hecho de que la ausencia de motivación del acto por medio de la cual se separó del cargo a la accionante, afecta directamente el derecho fundamental al debido proceso, el derecho de defensa y de acceso a la administración de justicia.

2.3. Actuaciones 2.3.1.1. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, el 26 de enero de 2012, admitió la acción de tutela interpuesta por la señora Aida Janeth Cáceres Paredes contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil, el Tribunal Administrativo de Santander y la Fiscalía General de la Nación y, ordenó notificar a las partes por el medio más expedito.

2.3.1. Juzgado Único Administrativo de San Gil 2.3.1.1. Dentro del término de ley, el Juez Único Administrativo de San Gil contestó la acción de amparo, manifestando que el hecho de acoger la jurisprudencia que sobre la materia ha sentado el Consejo de Estado, no lo hace estar inmerso en una vía de hecho.

2.3.2. Tribunal Administrativo de Santander 2.3.2.1. La magistrada ponente del fallo de segunda instancia, proferido dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual es demandante la señora Cáceres Paredes, reiteró que acogió en la sentencia atacada el precedente vertical que sobre la materia ha sentado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que es el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, y manifestó que no avistaba ninguna causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.3.3. Fiscalía General de la Nación 2.3.3.1. El ente acusador solicitó que fueran rechazadas las peticiones de la acción de tutela, pues no existía alguna causal que permitiera su procedencia, dado que la jurisdicción contencioso administrativa acoge la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, la resolución que desvincula a un funcionario de la Fiscalía que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera no debe ser motivada, pues tal prerrogativa la tienen solamente los empleados que efectivamente ingresan a la carrera luego de haber aprobado un concurso de méritos.

2.3.3.2. Señaló que la Fiscalía, en el caso bajo estudio, ejerció la facultad discrecional para separar del cargo a la actora, quien no puede pensar que el buen desempeño en su puesto la haga acreedora de algún tipo de estabilidad laboral, pues así como accedió al cargo sin ningún procedimiento y mediante un acto administrativo ausente de motivación, su desvinculación se hizo de la misma manera.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso a. Copia de la Resolución 0-0432 del 28 de febrero de 1995, de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se nombra a la señora Aida Janeth Cáceres Paredes en provisionalidad en el cargo de Secretario Judicial I, en la Dirección Seccional de Santafé de Bogotá [25] .

b. Copia del acta de posesión de la actora fechada el tres de abril de 1995, en el cargo para el cual fue nombrada mediante Resolución 0-0432 del 28 de febrero de 1995 [26] .

c. Copia de la Resolución 000395 del cinco de marzo de 1996, la cual ordena el traslado del cargo de la actora a la Dirección Seccional de Fiscalías de San Gil [27] .

d. Copia de la Resolución 1005 de octubre ocho de 2003, por medio de la cual la Directora Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bucaramanga, encarga como Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales de Vélez Santander a la accionante [28] .

e. Copia del acta de posesión 0239, fechada el 31 de octubre de 2003, en el cargo para el que fue nombrada la accionante en la Resolución 1005 de octubre 8 de 2003 [29] .

f. Copia de la Resolución 0-0321 del 30 de enero de 2004, de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento efectuado a la actora en el cargo de Secretario Judicial I y su respectiva notificación personal [30] .

g. Copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la actora y su respectiva corrección [31] . h. Copia de la contestación a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho realizada por la Fiscalía General de la Nación [32] .

i. Copia del auto del 19 de septiembre de 2007, del Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Gil, en el cual se decretan pruebas [33] .

j. Copia de la sentencia de primera instancia, proferida el tres de mayo de 2010 por el Juzgado Único Administrativo de San Gil [34] . k. Copia de la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 18 de octubre de 2011, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Cáceres Paredes [35] .

l. Copia de una incapacidad médica por 30 días, expedida a favor de la accionante, a causa de una histerectomía, del 16 de noviembre de 2011 [36] .

3. Expediente T- 3.731.720 3.1. El señor José Edmundo Bravo Obando, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la situación más favorable del trabajador en caso de duda en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho y de acceso a la administración de justicia, con base en los siguientes, 3.1. Hechos 3.1.1.

El dos de diciembre de 1992, ingresó a laborar en la Fiscalía General de la Nación, como auxiliar de Fiscal Técnico Judicial Grado 09, en la Unidad Segunda de Patrimonio Económico de Bogotá.

3.1.2. Para el año 1994, la Fiscalía realizó proceso de selección mediante concurso para proveer cargos en las fiscalías locales, concursó que él superó y por méritos obtuvo el nombramiento de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales en Bogotá. Dado que el régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación no había sido regulado por la ley, se le nombró en provisionalidad en un cargo que con posterioridad la ley definió como de carrera.

3.1.3. Según relata, a pesar de haber sido un funcionario probo, honesto, eficiente y diligente, después de 14 años al servicio del Ente Acusador, mediante Resolución 0-0002 del cuatro de enero de 2006, carente de motivación, fue declarado insubsistente su nombramiento como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá.

3.1.4. Por considerar que la resolución por medio de la cual se le declaró insubsistente carecía de motivación y era ilegal, interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá [37] .

3.1.4.1. El Juez consideró que el nombramiento del señor Bravo Obando efectivamente era en provisionalidad, por lo cual, el nominador podía declararlo insubsistente mientras se expedía la lista de elegibles como resultado de un concurso de méritos.

3.1.4.2. Para el Juez, el actor no desvirtuó la presunción de legalidad que recaía sobre el acto administrativo. Reiteró que el buen desempeño del empleado no lo hace acreedor de ningún tipo especial de estabilidad y por lo mismo, no es una circunstancia suficiente para que decaiga el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pues además de la prestación del servicio, pueden haber otros argumentos que a criterio del nominador no constituyan garantía para la eficiente prestación de éste, y que aquél no está obligado a explicar en el acto administrativo por medio del cual, haciendo uso de una facultad legal, declara la insubsistencia.

3.1.4.3. Así, en la primera instancia, mediante sentencia del primero de marzo de 2010, se negaron las pretensiones del actor. 3.1.5. Tal sentencia fue apelada y el recurso se surtió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D [38] .

De la misma forma, el 16 de junio de 2011, el Superior confirmó la sentencia atacada. 3.1.5.1. Definió el Tribunal que el cargo ocupado por el señor José Edmundo Bravo Obando si bien es de carrera, él estaba vinculado en provisionalidad, pues su ingreso a la entidad demandada no fue consecuencia de la participación en el proceso de selección o concurso de méritos, por lo cual el nominador podía ejercer irrestrictamente la facultad discrecional, que también es reglada, dado que a él no lo amparaba ningún fuero de estabilidad.

3.1.5.2. Acogió la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, que admite que la decisión de desvincular a un empleado nombrado en provisionalidad debe ser motivada y concluyó que la Resolución 0-0002 del cuatro de enero de

2006 sí estuvo motivada, pues en la parte considerativa hizo referencia a los artículos 125 y 253 de la Constitución Política; al régimen de carrera de la Fiscalía establecido en el artículo 159 de la Ley 270 de 1996; a los artículos 60 y 70 de la Ley 938 de 2004; y a la designación de un nombramiento en provisionalidad, según el artículo 17 de la Resolución 1501 de 2005. Expuso que en la resolución atacada también se invocó la competencia que le atribuye al nominador el artículo 11 de la Ley 938 de 2004, el artículo 34 de la Resolución 0-1501 de 2005 y reiterada jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa relacionada con el particular.

3.1.5.3. Para el Tribunal, el hecho de que el empleado declarado insubsistente hubiera cumplido con las labores a su cargo, no le da derecho a la estabilidad laboral. Expuso que las razones subjetivas del demandante, pueden llevar a la certeza de que, motivos ajenos a las necesidades del servicio fueron la causa de su retiro, pues tales hechos no pueden alcanzar la categoría de indicios que inalterablemente formen en el juzgador la certeza de la falsa motivación.

3.1.5.4. Finalmente, expuso el ad quem, que la supuesta falsa motivación del acto no logró ser demostrada por el accionante. Concluyó que el acto por medio del cual se separó del servicio al actor sigue amparo por la presunción de legalidad y que la declaratoria de insubsistencia obedeció a los principios del buen servicio.

3.2. La solicitud de tutela y los argumentos en los que ella se fundamenta 3.2.1. El 10 de noviembre de 2011, el señor José Edmundo Bravo Obando, presentó acción de tutela contra las sentencias antes descritas, argumentando que las mismas adolecen de vicios que configuran en ellas vías de hecho.

3.2.2. Afirmó que, en primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá, al negar las pretensiones de la demandada, aduciendo que el acto por medio del cual se le declaró insubsistente no debía estar motivado, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad laboral.

3.2.3. Según expuso, también vulneró sus derechos fundamentales el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que la resolución por medio de la cual se le declaró insubsistente estaba motivada. Manifestó su total desacuerdo con dicha posición, y citó sentencias de la Corte Constitucional, que ilustran que la motivación de los actos administrativos no puede ser general y abstracta, pues de esa forma, no se explican las razones de hecho y de derecho por medio de las cuales se retiró del servicio a un empleado.

3.2.4. Sostuvo que no se tuvo en cuenta en ninguna de las instancias, el hecho de que se hubiera nombrado en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales, cuando él había aprobado un concurso de méritos.

3.2.5. Resaltó que las sentencias atacadas en la instancia constitucional violan su derecho a la igualdad, pues la misma Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, ha anulado actos administrativos de desvinculación de funcionarios cuando éstos no están motivados, ordenando así el reintegro del empleado [39] .

3.2.6. En el escrito de tutela manifestó que se cumplen a cabalidad los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.2.7. Sobre los segundos, manifestó que el fallo atacado adolece del defecto fáctico y de desconocimiento del precedente, pues de un lado, no se tuvo en cuenta el hecho de que el actor había aprobado el concurso de méritos para optar al cargo y fue nombrado en provisionalidad, y de otro, se inobservó el deber de motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se separó del cargo a un empleado en provisionalidad, desatendiéndose de este modo la vasta jurisprudencia que sobre el particular ha asentado la Corte Constitucional.

3.2.8. Así las cosas, solicitó dejar sin efecto las sentencias atacadas por vía de tutela y en su lugar ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, proferir una nueva sentencia, en la que resolviera de fondo el recurso de apelación, anulara el acto administrativo de desvinculación por carecer de motivación y profiriera las demás órdenes que le son inherentes.

3.3. Actuaciones 3.3.1. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante auto del 17 de noviembre de 2011, admitió la tutela interpuesta por el señor José Edmundo Bravo Obando y ordenó notificar a las partes y a la Fiscalía General de la Nación como tercera interesada en las resultas del proceso.

3.3.1. Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Segunda 3.3.1.1. Dentro del término de ley, el Juzgado accionado contestó la acción de amparo, manifestando que no violó los derechos fundamentales alegados, y que la acción de tutela no puede ser una tercera instancia para rebatir lo decidido en un proceso ordinario, que por demás fue garantista de los derechos del accionante.

3.3.1.2. Censuró que el actor no hubiera hecho uso del recurso extraordinario de revisión antes de acudir a las vías constitucionales y reiteró que, tal y como se falló en ambas instancias, el acto administrativo de desvinculación fue motivado, hecho que el accionante reconoce al proponer los cargos de falsa motivación y desviación de poder.

3.3.1.3. Solicitó fuera negado el amparo solicitado, como quiera que no hay asidero ni fáctico ni jurídico para proceder de otra forma. 3.3.2. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca 3.3.2.1. El Tribunal guardó silencio.

3.3.3. Fiscalía General de la Nación 3.3.3.1. Solicitó rechazar las pretensiones de la acción de amparo. Su postura argumentativa se centró en sostener que no genera estabilidad laboral reforzada el buen desempeño del cargo, cuando se ocupa en provisionalidad un puesto de carrera.

3.3.3.2. Anotó que la discrecionalidad para desvincular a los empleados nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el inciso 2º, del artículo 125 de la Constitución Política, que prescribe que el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución o la ley; causales de retiro que no le son aplicables a quienes como el actor, ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

3.3.3.3. En el sentir del Ente Acusador, las sentencias atacadas se deben mantener, porque aplicaron la jurisprudencia vigente sentada para el caso por el Consejo de Estado, que es el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

3.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso a. Copia de la Resolución 0-0002 del 4 de enero de 2006, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá [40] .

b. Copia de la sentencia proferida el primero de marzo de 2010, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá de Descongestión, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor José Edmundo Bravo Obando [41] .

c. Copia de la sentencia de segunda instancia, del 16 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [42] .

d. Copia de la demanda de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por el señor Bravo Obando, mediante apoderado judicial [43] .

e. Copia de los alegatos de conclusión presentados por el abogado del actor en la primera instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho [44] .

f. Copia de la sustentación del recurso de apelación del fallo dictado en primera instancia, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca [45] .

g. Copia de la respuesta emitida por la Fiscalía General de la Nación a un derecho de petición elevado por el accionante [46] . h. Copias de las comunicaciones emitidas por la Fiscalía sobre el caso bajo estudio [47] .

i. Copia de la Resolución 0-1072 del 16 de junio de 1994, de la Fiscalía General de la Nación. [48] j. Copia del memorando expedido por la Fiscalía sobre el concurso de unidades locales y el respectivo instructivo [49] .

k. Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, el dos de junio de 2011, radicado 2005-01820-02, dentro del proceso de Gonzalo Estupiñán Rojas, contra la Fiscalía General de la Nación [50] .

l. Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, del 20 de enero de 2011, radicado 2007-00242, dentro del proceso de Gonzalo Álvarez Ruiz contra la Fiscalía General de la Nación [51] .

4. Expediente T -3.731.572 El señor Josué Dimas Gómez Ortiz, actuando a través de apoderada judicial, el 26 de julio de 2011, presentó acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso efectivo a la administración de justicia, a la igualdad, al trabajo y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados; con base en los siguientes, 4.1. Hechos 4.1.1.

Laboró en la Fiscalía de forma continua e ininterrumpida, desde el 23 de agosto de 1994 hasta el 28 de enero de 2003, cuando mediante Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003, carente de motivación, el Fiscal General de la Nación lo declaró insubsistente en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva.

4.1.2. Contra tal acto administrativo, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual conoció en primera instancia la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, colegiatura que mediante sentencia del 15 de diciembre de 2008, concluyó que la resolución atacada no adolecía de falsa motivación.

4.1.2.1. Para el Tribunal [52] , el acto por medio del cual se declaró insubsistente no fue proferido con desviación de poder, dado que el actor no probó que hubiese mediado una causa distinta al mejoramiento del servicio en su expedición, y si bien, hubo testimonios en los que se dejaron ver algunas discrepancias entre el actor y el Director Seccional de las Fiscalías de Neiva, no se demostró que éstas hubiesen sido la base para que el Fiscal General de la Nación profiriera la Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003, por lo que, tal decisión fue definitivamente producto del ejercicio de la facultad discrecional de la cual está investido el Fiscal General, máxime si se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, pues el señor Gómez Ortiz estaba ocupando el cargo en provisionalidad.

4.1.2.2. Para el ad quem , tampoco se violaron normas superiores, pues el Fiscal General de la Nación se limitó a ejercer su facultad discrecional, lo cual no lo lleva a actuar de mala fe, dado que la misma está amparada en la Constitución y en la ley.

4.1.2.3. Concluyó el Tribunal que no se violó el artículo 123 de la Constitución, pues el actor tampoco demostró que no hubiera habido mejoramiento del servicio luego de que fue declarado insubsistente.

4.1.3. Contra la anterior decisión, el señor Gómez Ortiz recurso de apelación, que desató el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda [53] .

4.1.3.1. Para la Sala, el vicio de desviación de poder alegado por el demandante, implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación de un acto administrativo, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que el nominador actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos. Sin embargo, en el curso del proceso no se demostró fehacientemente que el acto objeto de acusación se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado por el legislador, el cual es la mejora del servicio.

4.1.3.2. Señaló la Sala que el actor no gozaba de ninguna estabilidad laboral relativa, pues su cargo si bien es de carrera, estaba ocupado por él en provisionalidad, por lo que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, dado que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso.

4.1.3.3. Finalmente, resaltó la Sala que las calidades personales y profesionales del demandante no califican la decisión como desajustada, pues las mismas condiciones se exigen de todos los servidores públicos para el ejercicio de su cargo y ello no configura vulneración alguna a sus derechos fundamentales.

4.1.3.4. Con base en lo antes dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante fallo del 10 de febrero de 2011, confirmó la sentencia apelada.

4.2. La solicitud de tutela y los argumentos en los que ella se fundamenta 4.2.1. Reclamando el amparo de sus derechos fundamentales, el señor Josué Dimas Gómez Ortiz interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila, pues considera que la Resolución 0-0107, del 22 de enero de 2003, es inmotivada y arbitraria, y es el resultado de un indiscutible caso de desviación de poder, dado que la misma contraría la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, que dispone que se deben sustentar los motivos por los cuales se declara insubsistente a un servidor público en situación de provisionalidad.

4.2.2. Expuso que se vulneró su derecho fundamental al mínimo vital, pues él responde económicamente por las obligaciones de su hogar, compuesto por su esposa y cuatro hijos menores de edad. Asimismo, la transgresión de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso efectivo a la administración de justicia y a la igualdad, según él, se concretó cuando las decisiones judiciales de primera y segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fueron contrarias a sus peticiones, configurándose así una vía de hecho, al apartarse las mismas del precedente trazado por la Corte Constitucional sobre la materia, en el que se ha sostenido que es inexcusable el deber de motivación de los actos administrativos en los que se dispone el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Manifestó que contra las decisiones judiciales atacadas se configuran las causales generales y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, tal y como lo dejó sentando la Corte en la sentencia SU-907 de 2010.

4.2.3. Por tales razones, solicitó se dejen sin efecto las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, del 15 de diciembre de 2008 y del 10 de febrero de 2011, y en su lugar se declare la nulidad de la Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003 y se ordene a la Fiscalía General de la Nación su reintegro al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado o a uno de mejor categoría, 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.

4.3. Actuaciones El nueve de agosto de 2011, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, admitió la acción de tutela interpuesta y ordenó notificar de la misma a la Sección Segunda del Consejo de Estado, al Tribunal Administrativo del Huila y a la Fiscalía General de la Nación.

4.3.1. Fiscalía General de la Nación 4.3.1.1. Se opuso a las pretensiones del actor y solicitó se mantuvieran las providencias atacadas, dado que las mismas se profirieron con base en el criterio jurídico que hace parte de la autonomía judicial y que la misma Constitución Política consagra.

4.3.1.2. Para la Fiscalía, las sentencias atacadas sustentaron su posición en la jurisprudencia expuesta por el Consejo de Estado para tal, que es el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa.

4.3.1.3. Reiteró que la simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al actor ningún derecho de estabilidad, pues su nombramiento es en provisionalidad, por lo cual el nominador puede removerlo en cualquier momento en uso de la facultad discrecional. Por lo mismo, el empleado nombrado en provisionalidad no goza de derechos de carrera, ni está amparado en las causales de retiro del artículo 125 inciso 2º de la Constitución, que es exclusiva para los nombrados conforme con los derechos de carrera.

4.3.1.4. Para el Ente Acusador, a los funcionarios nombrados en provisionalidad los rodea un doble fuero de inestabilidad, tal y como se dispuso en la sentencia del 13 de marzo de 2006, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no. 1834-01; pues de una parte no están en carrera administrativa y pueden ser retirados discrecionalmente en cualquier momento, sin motivar la decisión y, de otro lado, pueden ser desplazados por quienes los superen en las etapas del concurso de méritos.

4.3.1.5. Con base en lo anterior, la Fiscalía solicita se rechacen las pretensiones de la acción de tutela. 4.3.2. Tribunal Contencioso Administrativo del Huila 4.3.2.1. Solicitó declarar improcedente la acción de tutela, pues la providencia siguió los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

4.3.3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A 4.3.3.1. La acción de tutela debe rechazarse por improcedente, entre otras razones porque el actor, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no alegó como causal de nulidad la ausencia de motivación, y el análisis de la Sala se circunscribió a la desviación de poder. Expuso que no puede pretender el accionante, en sede de tutela, endilgar un nuevo vicio frente al acto demandado y no debe utilizarse la acción de tutela para reabrir un debate clausurado.

4.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso a. Copia de una constancia del tiempo de vinculación del señor Josué Dimas Gómez Ortiz, expedida el 16 de abril de 2003, por el Analista (e) de Personal de la Fiscalía General de la Nación [54] .

b. Copia de la Resolución 0-0107 de enero 22 de 2003, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado al actor en el cargo de Fiscal Delegado antes los Jueces Penales del Circuito, y de su respectiva notificación personal [55] .

c. Copias de los registros civiles de nacimiento de lo hijos menores del actor, y de una declaración extraprocesal rendida por el padre del accionante en la que manifiesta que depende de él para solventar sus gastos [56] .

d. Copia de la sentencia de segunda instancia, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda [57] , dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Josué Dimas Gómez Ortiz [58] .

e. Copia de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Tercera de Decisión, en la primera instancia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el actor [59] .

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN 2.1. Expediente T-3.691.582 2.1.1. Sentencia de primera instancia 2.1.1.1. Mediante providencia del tres de febrero de 2012 [60] , el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, decidió rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Myriam Acosta Melo en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico. Consideró que cuando se trata de discutir interpretaciones legales, que dentro de su autonomía e independencia han emitido los jueces, la acción de tutela debe ser declarada improcedente.

2.1.1.2. Avaló el hecho de que el Tribunal Administrativo del Atlántico hubiese acogido la postura jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado en materia de desvinculación de un funcionario que en provisionalidad, ocupa un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación, según la cual, el acto administrativo que lo declara insubsistente no debe ser motivado.

2.1.1.3. Consignó en el fallo de tutela, que el actuar del Tribunal se circunscribió, como es su deber, a analizar los cargos del escrito de apelación presentado por la Fiscalía, con base en lo cual, concluyó que la demandante no había logrado desvirtuar la presunción de legalidad que revestía el acto que la declaró insubsistente y, definió que la providencia judicial atacada por vía de tutela contiene una carga argumentativa razonable, que lejos de constituir una decisión arbitraria, presupone una diferencia de tesis entre la expuesta por el Tribunal y la expresada por la tutelante.

2.1.2. Sentencia de segunda instancia 2.1.2.1. La decisión de primera instancia fue impugnada [61] por la señora Myriam Leonor Acosta Melo y la alzada la desató el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que mediante fallo del 25 de abril de 2012, confirmó la sentencia apelada, argumentando que ni siquiera se presentaban las casuales genéricas de procedibilidad de la acción de amparo en contra de la decisión judicial atacada.

2.1.2.2. Precisó que la declaratoria de insubsistencia de la actora se dio en el año 2001, fecha para la cual no había sido proferida la sentencia C-279 de 2007, que condicionó la exequibilidad del retiro discrecional de los servidores de la Fiscalía General de la Nación designados en provisionalidad en cargos de carrera, a la motivación del acto, conforme al inciso 2º del artículo 76 de la Ley 938 de 2004.

2.1.2.3. Resalta que la anterior postura es la acogida por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, que es el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo y órgano de cierre de la respectiva jurisdicción, a la cual válidamente se adhieren los jueces de la misma jurisdicción, en ejercicio del principio de autonomía judicial.

2.1.2.4. Insistió que la acción de tutela no es una tercera instancia en la que puedan ventilarse asuntos que ya fueron definidos por el juez natural, dentro del escenario diseñado por la ley para el efecto.

2.1.2.5. Concluyó que la providencia del Tribunal Administrativo del Atlántico no incurrió en un defecto sustantivo. 2.2. Expediente T-3718026 2.2.1.

Sentencia de primera instancia 2.2.1.1. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, el primero de marzo de 2012 [62] , negó la acción de tutela interpuesta por la señora Aida Janeth Cáceres Paredes.

2.2.1.2. No obstante encontrar que se encontraron superados los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, resolvió que el vicio alegado como desconocimiento del precedente no era tal, pues los operadores judiciales acogieron la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado que es el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa.

2.2.1.3. De tal forma, expuso que debe respetarse la independencia judicial, así el juez contencioso en su sentencia puede justificar de manera suficiente y razonable los motivos por los cuales se aparta de una posición jurisprudencial, lo cual, no hará ni arbitraria ni reprochable su sentencia.

2.2.1.4. Por lo anterior, rescató la postura según la cual solo hasta la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, se exige que el acto de retiro de un empleado vinculado en provisionalidad debe estar motivado, pues antes regía la disposición de la Ley 443 de 1998 que asimila el retiro de esta clase de empleados al de aquellos vinculados como de libre nombramiento y remoción.

2.2.1.5. Concluyó que no le es dable al juez de tutela inmiscuirse en los asuntos resueltos por el juez natural, esto es, el juez de lo contencioso administrativo, juez que decidió con base en la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, que es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo; condición que le permite fijar el alcance normativo de las disposiciones que le corresponde aplicar en el marco de sus competencias.

2.2.2. Sentencia de Segunda instancia 2.2.2.1. El anterior fallo fue impugnado por la señora Aida Janeth Cáceres Paredes [63] , y la alzada fue resuelta por el mismo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

entidad que el 12 de julio de 2012, confirmó la sentencia de la primera instancia [64] .

2.2.2.2. Para el ad quem, la acción de tutela interpuesta no superó siquiera el estudio de las causales genéricas de procedibilidad de ésta contra sentencias judiciales, dado que la decisión del a quo se encuentra debidamente motivada y se profirió en cumplimiento de las normas y la jurisprudencia que consideró aplicables al asunto debatido, sin que se evidencien los defectos que se aducen en su contra [65] .

2.2.2.3. Argumentó que no hay evidencia tampoco de que las sentencias atacadas sean caprichosas o arbitrarias, pues los jueces naturales aplicaron la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que no constituye defecto el hecho de que tal postura no sea compartida por las partes, y reiteró que la tutela no puede ser una tercera instancia en la que puedan ventilarse asuntos debatidos antes en los escenarios competentes para tal.

2.2.2.4. Finalizó el fallador de segunda instancia, diciendo que al momento de la expedición de la Resolución 0-0321 de enero 30 de 2004, no había sido proferida la sentencia C-279 de 2007, que condicionaba la exequibilidad del inciso 2º del artículo 76 de le Ley 938 de 2004, a la motivación del acto por medio del cual se retiraba del cargo a los empleados de la Fiscalía designados en provisionalidad en un puesto de carrera.

2.3. Expediente T-3.731.720 2.3.1. Sentencia de primera instancia 2.3.1.1. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de enero de 2012 [66] al resolver la acción de tutela interpuesta por el señor José Edmundo Bravo Obando, expuso que se constató que las providencias judiciales atacadas por esta vía no incurrieron en vía de hecho, por cuanto tuvieron en consideración la normativa y la jurisprudencia pertinente en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios de la Fiscalía.

2.3.1.2. Respaldó el juez de tutela el dicho de los funcionarios judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa, al declarar que la Resolución 0-0004 de enero cuatro de 2006 estaba debidamente motivada.

2.3.1.3. Con base en lo anterior, negó por improcedente la acción de amparo y resaltó que no se encontró ninguna causal ni general ni específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.3.2. Sentencia de segunda instancia 2.3.2.1. El fallo anterior fue impugnado por el señor José Edmundo Bravo Obando [67] , argumentando que su caso es distinto, pues el acto administrativo sí debía estar motivado, dado que él sí aprobó un concurso de méritos, no obstante fue nombrado en provisionalidad y no en carrera.

2.3.2.2. El 13 de septiembre de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, puso de presente que si bien el actor manifestó en el escrito de tutela que era un empleado de la Fiscalía General de la Nación inscrito en carrera, lo cierto es que del estudio del expediente y de la impugnación de la sentencia del 19 de enero de 2012, se desprende que ocupaba un cargo de carrera, pero en provisionalidad.

2.3.2.3. Sobre esa base, la Sala consideró que las decisiones contenidas en las providencias judiciales atacadas, no pueden controvertirse dentro del procedimiento breve y sumario de la acción de amparo, porque se atentaría contra la autonomía judicial y la seguridad jurídica.

2.3.2.4. Manifestó que de admitirse la procedencia del amparo, se atentaría contra la autonomía e independencia del juez administrativo, quien de conformidad al artículo 230 de la Constitución “solo está sometido al imperio de la ley” , máxime cuando no existe norma que le imponga a la Fiscalía la obligación de hacer explícitos los motivos que condujeron a prescindir de la vinculación de un empleado en provisionalidad.

2.3.2.5. Refuerza el anterior argumento, aduciendo que no existe en el ordenamiento jurídico norma que le imponga al juez el deber legal de acoger las tesis jurisprudenciales que en vía de tutela -que tienen efecto inter partes y para el caso concreto-, asuma en revisión la Corte Constitucional.

2.3.2.6. Aunado a lo anterior, los casos similares a los del actor, respecto de los cuales fundamentó la vulneración al derecho a la igualdad, corresponden a situaciones de hecho particulares y distintas, sobre los cuales el juez competente, según su autonomía, decidió que tenían una solución diferente a la que se le debía dispensar a su caso particular.

2.3.2.7. Por lo antes expuesto, resolvió modificar la sentencia del 19 de enero de 2012, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para en su lugar declarar que la acción deprecada era improcedente.

2.4. Expediente T-3.731.572 2.4.1. Sentencia de primera instancia 2.4.1.1. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el primero de septiembre de 2011, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta [68] por el señor Josué Dimas Gómez Ortiz.

2.4.1.2. Sostuvo que, al ser el Consejo de Estado el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sus decisiones son únicas, intangibles e inmodificables, máxime si se tiene en cuenta que lo que pretende el actor es reabrir un debate que dentro de los patrones de la legalidad, se agotó durante el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.4.1.3. Además, argumentó que el estudio excepcional de providencias judiciales por parte del juez de tutela no incluye las decisiones dictadas por las Altas Corte como órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, por disposición expresa de la Constitución en sus artículos 237 numeral 1º y 234, menos aún, cuando en el presente caso no se avista un daño inminente o grave que justifique la procedencia transitoria del amparo.

2.4.2. Sentencia de segunda instancia 2.4.2.1. La apoderada judicial del señor Josué Dimas Gómez Ortiz, el cuatro de mayo de 2012, impugnó el fallo de tutela del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del primero de septiembre de 2011 [69] .

2.4.2.2. Mediante sentencia del 13 de septiembre de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, modificó la tutela revisada, para declarar que la misma era improcedente [70] .

2.4.2.3. Para la Sala, las decisiones contenidas en providencias judiciales, que se produjeron ante el juez natural y atendiendo un procedimiento reglado, no pueden controvertirse en la premura de los términos de la acción de tutela, pues de ser así, se desconocerían los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia de la autoridad judicial.

2.4.2.4. Consideró, que en el caso bajo estudio, no se avizora la vulneración a ningún derecho fundamental, pues el inconformismo del actor deviene del desacuerdo jurídico en el que se encuentra con el razonamiento que se hizo en las providencias que fueron adversas a sus intereses. Expuso que no hay ninguna norma jurídica que obligue al juez a ceñirse a las tesis jurisprudenciales sentadas vía de tutela, menos aún porque las mismas solo tienen efectos inter partes .

2.4.2.5. Agregó, además, que las providencias censuradas fueron proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, que es el único órgano competente según la Constitución, para dirimir este tipo de asuntos.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS El expediente T-3691582 AC fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional, mediante Auto del 17 de enero de 2013. De igual manera, los expedientes T-3718026, T-3731572 y T-3731720, fueron seleccionados para revisión por la misma Sala de Selección Número Uno, mediante Auto de enero 30 de 2013 y, acumulados al expediente T-3691582 AC, por presentar unidad de materia. Por lo anterior, dichos expedientes serán fallados en una sola sentencia.

1. Competencia Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos proferidos en el trámite de las presentes acciones de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

En cumplimiento de lo previsto en el inciso 2º del artículo 54A del Reglamento Interno de esta Corporación, la Sala Plena asumió conocimiento del caso, y mediante Auto del 29 de mayo de 2013, se puso el expediente a disposición de la misma, y se suspendieron los términos mientras se adoptaba una decisión final.

2. Problema jurídico 2.1. En los casos bajo estudio, corresponde establecer si los fallos objeto de revisión desconocen el precedente fijado por la Corte Constitucional, relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados públicos, que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, y si, por lo tanto, los mismos están inmersos en algunas de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, al desconocer los derechos fundamentales de los actores al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral.

2.2. A efectos de resolver el problema planteado, la Sala estudiará (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, (ii) el desconocimiento del precedente fijado por la Corte Constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, (iii) la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, manifestada en el deber de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se retira a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, (iv) el deber de motivación de los actos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y, (v) la nulidad como resultado del acto administrativo ausente de motivación, por medio del cual se declara la insubsistencia de un funcionario que ocupa en provisionalidad, un cargo de carrera. A partir de tales consideraciones, se procederá a resolver los casos concretos.

2.3. Cabe aclarar en este punto, que, recientemente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU-556 de 2014, unificó la jurisprudencia relacionada con los efectos de la nulidad del acto de retiro del servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, como consecuencia de la ausencia de motivación de dicho acto. Por lo tanto, en la presente providencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional, reiterará la posición adoptada en el citado fallo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales 3.1. Esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias proferidas por los jueces de la República, en virtud del artículo 86 Superior, que previó expresamente la posibilidad de que ésta pueda ser interpuesta a efectos de obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública ”.

3.2. Sobre esa base, la Corte Constitucional ha decantado las condiciones excepcionales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, a efectos de encontrar un adecuado equilibrio entre la primacía de los derechos fundamentales y el respeto por los principios de autonomía, independencia judicial y seguridad jurídica.

3.3. Así, a partir de la sentencia C-590 de 2005 , la Sala Plena de esta Corporación, estableció los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales. Los primeros se acreditan siempre (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional [71] ;

(ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela [72] ; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad;

(iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales;

(v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y, que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; y, (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.

3.4. Por su parte, los segundos, conocidos como requisitos específicos de procedibilidad, ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional, son:

defecto orgánico, [73] defecto sustantivo [74] , defecto procedimental [75] o fáctico [76] ; error inducido [77] ; decisión sin motivación [78] ;

desconocimiento del precedente constitucional [79] ; y violación directa a la constitución [80] . 4. Desconocimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional como casual específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales 4.1. Teniendo en cuenta que en los casos bajo estudio se atacaron decisiones judiciales porque desconocieron o contrariaron el alcance de los derechos fundamentales fijado por esta Corporación a través de la ratio decidendi de sentencias de tutela, la Sala estudiará el desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales, derivado de la aplicación directa de una regla que tiene su origen en la propia Carta Política, y cuya infracción conduce a la vulneración de una norma de raigambre superior [81] .

4.2. Así, la figura del precedente ha sido decantada por esta Corporación, en los siguientes términos: “ (…) aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.

La pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente [82] ; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente .

” [83] 4.3. Conforme con lo expuesto, la Corte ha entendido que el precedente debe ser anterior a la decisión donde se pretende su aplicación y que debe existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente [84] .

4.4. En esta misma línea, esta Corporación también ha distinguido entre el precedente horizontal y el precedente vertical. El primero, definido como el que debe observar el mismo juez o corporación que lo generó u otro de igual jerarquía funcional. Por su parte, el segundo, es aquel proveniente de un funcionario o corporación de mayor jerarquía [85] .

4.5. Como quedó dicho, el desconocimiento del precedente establecido por la Corte Constitucional, como máximo guardián de la Carta Política, es una de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.5.1. Según lo ha fijado esta Corporación, delimitando esta causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se entiende desconocida:

(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela [86] .

4.5.2. Teniendo en cuenta que los casos bajo estudio se subsumen dentro del cuarto literal, dado que se han atacado providencias judiciales porque desconocen o contrarían el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte a través de la ratio decidendi de las sentencias de tutela; nos referiremos solo a este asunto en particular.

4.5.3. En el trasegar para elaborar las reglas a efectos de definir cuándo son obligatorios los precedentes judiciales fijados por esta Corte, se han utilizado los conceptos de “ Decisum, ratio decidendi , y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general.

Los obiter dicta o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación” [87] .

4.5.4. De tal forma, la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, como máximo Tribunal Constitucional e intérprete autorizado de la Carta, no puede ser desconocida por los jueces, aquellos, deben observar los lineamientos fijados por esta Corporación en sede de revisión de sentencias de tutela, pues los precedentes constitucionales, originados en la interpretación de una norma superior para solucionar un caso concreto, deben ser acatados, ya que los mismos cumplen funciones de carácter fundamental en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado, como el colombiano [88] , teniendo en cuenta que:

(i) se dirigen a suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) impiden una caprichosa variación de los criterios de interpretación que ponga en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, debido a que las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de las autoridades judiciales, con lo cual, ellas difícilmente pueden programar de manera autónoma sus actividades y, (iii) aseguran la vigencia del principio de igualdad, debido a que no es justo que casos iguales sean resueltos de forma distinta por un mismo juez [89] .

4.5.5. En este sentido, la regla jurídica contenida en la ratio decidendi de las sentencias de tutela no puede ser desconocida por las autoridades judiciales, en casos que tengan idénticos supuestos de hecho a los que ya fueron objeto de estudio por esta Corporación. De lo contrario, es claro que el juez, estaría desconociendo el precedente constitucional, lo cual constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

5. La estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se manifiesta en el deber de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se retira a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera 5.1.

El Preámbulo de la Constitución Política asegura a los integrantes del pueblo de Colombia la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. La misma Carta en su artículo 53, reconoce el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, con una connotación de derecho y obligación social, como lo dispone su artículo 25.

5.2. A fin de efectivizar tales mandatos, el artículo 125 de la Carta Política dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones por éste consagradas. El ingreso y el asenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos legales y las condiciones que fije la ley para evaluar los méritos de los aspirantes.

5.3. El artículo 130 de la Constitución dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil será la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, salvo las carreras que tienen un carácter especial, que son de creación legal o constitucional, bien por el legislador o bien, por las facultades extraordinarias que el mismo legislador pueda conferirle al ejecutivo.

5.4. Igualmente, la misma Carta establece que, en los casos en que ella o la ley lo determine expresamente, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, como los de elección popular, libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

5.5. Con base en lo anterior, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, define la carrera administrativa así: “La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.” 5.6. La misma Ley 909 de 2004, en su artículo 5º, determinó que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos en los cuales se tiene funciones de dirección, conducción, y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

5.7. Como se ve, los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción son los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad laboral reforzada para los cargos de carrera, pues el retiro, solo tendrá lugar por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación del régimen disciplinario o, por las causales que disponga la Constitución y la Ley, tal y como prescribe el artículo 125 de la Carta Política.

5.8. Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción, sí implican discrecionalidad del nominador, ya que éste, en atención a la naturaleza de sus funciones, los designa con base en consideraciones intuito personae.

Correlativamente, el retiro de dichos cargos es discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspire en su nominador, aspecto que no se puede evaluar de manera objetiva y debe analizarse en el caso concreto.

5.9. Entre estos dos extremos, es decir entre los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, se encuentran los nombramientos en provisionalidad en los cargos de carrera, los que ostentan una estabilidad laboral relativa o intermedia.

5.10. Lo anterior es así, en tanto que tales funcionarios, si bien no tienen las prerrogativas de los empleados de carrera, y no gozan de la estabilidad laboral reforzada que se adquiere solamente superando un concurso de méritos, tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su empleador no tiene tal discrecionalidad para disponer del cargo.

5.11. A tono con la jurisprudencia sentada por esta Corporación, la estabilidad relativa se manifiesta en que el acto de retiro de los funcionarios que en provisionalidad ocupan cargos de carrera, debe contener una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, para garantizar la protección efectiva de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público.

5.12. Sobre este asunto, en repetidas oportunidades, esta Corte ha establecido que los actos administrativos que impliquen disposición de derechos deben ser motivados de forma completa y suficiente, ello como garantía del derecho al debido proceso [90] establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual señala que “ el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

5.13. De tal forma, la motivación de un acto administrativo también es garantía de un conjunto de principios que conforman la Constitución, entre los cuales se deben resaltar, la Cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; pues de esta manera, la administración da cuenta de las razones en las que justifica sus decisiones, y así, permite que las mismas sean enjuiciables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Solo excepcionalmente, cuando la Constitución o la ley así lo dispongan, dicho deber se puede ver limitado o atenuado. Tales

excepciones, responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que irradian la función administrativa a favor del interés general.

5.14. En todo caso, la finalidad de tal deber inexcusable de motivación, es evitar la arbitrariedad por parte de la administración, la que además, no puede confundirse con discrecionalidad [91] .

Así lo ha dicho esta Corporación: "La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos.

Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C.P. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano" [92] .

5.15. En otras palabras, la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso [93] .

5.16. En este orden, lo que se busca con la motivación, no es nada distinto a que el servidor tenga la posibilidad de defenderse en juicio, si así lo considera, y poder contradecir las razones por las cuales lo declararon insubsistente en el cargo, de lo contrario, se vería transgredido su derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, pues es indispensable para el control de los actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo [94] .

Por esto, se ha dicho incluso que la obligación de motivar los actos administrativos, se extiende a la administración, aún en eventos de desvinculación de funcionarios de carrera en provisionalidad, en procesos de reestructuración de la administración [95] .

5.17. Para considerar motivado el acto administrativo, no es suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relaciona de manera directa e inmediata con el caso particular y concreto del servidor público afectado, o la utilización de expresiones formales tales como "por los motivos expresados" para proceder a la desvinculación, sino que es forzoso explicar de manera " clara, detallada y precisa" las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión [96] .

5.18. La Sala Plena, en la Sentencia SU-917 de 2010, reiteró la jurisprudencia de la Corte en esta materia: "(…) 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 [97] .

- 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" [98] , de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores" [99] .

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" [100] .

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 [101] .

- 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 [102] , 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 [103] y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular [104] , aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional [105] .

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos,

superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. (…)".

5.19. Concluye la sentencia citada que, siempre el nominador tiene el deber de motivar el acto por medio del cual retira del cargo a su funcionario, haciendo hincapié en que tal deber es inexcusable, y las causas que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia deben corresponder a las del caso concreto y particular.

5.20. Sobre el contenido de la motivación, la misma sentencia ha sido clara en recalcar que el acto debe cumplir un mínimo de exigencias respecto de su contenido material, deben constar en él las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide prescindir de los servicios de un determinado funcionario, sin que se admitan razones indefinidas, generales y abstractas:

"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 predican directamente de quien es desvinculado´ [106] .

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´ [107] .

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" [108] .

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 [109] o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, ´la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados´ [110] .

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´ [111] , no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario [112] .

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 [113] .

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 [114] , siendo completamente inadmisible la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos”.

5.21. Conforme con lo anterior, es indispensable que el acto administrativo por medio del cual se va a retirar del servicio a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, esté motivado, para que se le garantice de manera efectiva la estabilidad laboral relativa a la que tiene derecho, dado que su situación no es asimilable a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues el primero, fue nombrado para satisfacer la necesidad del servicio y no por la existencia de una relación de confianza para desempeñar funciones de dirección y manejo.

5.22. De la misma forma, el deber de motivación impone la carga de que la misma sea clara, exponga de manera cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho en las cuales se fundamenta la decisión de prescindir del funcionario, sin que se admitan justificaciones genéricas.

6. El deber de motivación de los actos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación 6.1.

La misma SU-917 de 2010, dispuso sobre el deber de motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, que ocupaban cargo de carrera en provisionalidad, lo siguiente:

“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 [115] 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 [116] .

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 [117] .

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 [118] , 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 [119] .

Los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004 fueron objeto de control constitucional en la Sentencia C-279 de 2007. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de dichas normas, " en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia". En ese fundamento jurídico la Sala reafirmó su extensa jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación y sobre esa base condicionó la validez de las normas objeto de control .

(…). La línea jurisprudencial trazada en relación con el deber de motivación de los actos de retiro de servidores de la Fiscalía General de la Nación vinculados en provisionalidad ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores y recientes de esta Corporación [120] ".

6.2. De manera pues, que la obligación de motivar los actos de desvinculación o retiro de los servidores públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, es exigible a los nominadores tanto del régimen general, como a los del régimen especial de carrera administrativa, dentro de los que se encuentran la Fiscalía General de la Nación [121] .

7. La nulidad como resultado del acto administrativo ausente de motivación, por medio del cual se declara la insubsistencia de un funcionario que ocupa en provisionalidad, un cargo de carrera 7.1. Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

7.2. En ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento.

7.2.1. En un primer momento, entre los años 1998 y 2003, la Corte, por vía de la acción de tutela, asumió el conocimiento de este tipo de casos, como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, a partir del carácter subsidiario del amparo constitucional y de la consideración en torno a la existencia en el ordenamiento de otros medios de defensa judicial a los cuales se podía acudir para demandar la protección de los derechos afectados. Conforme con ello, la decisión de protección impartida por la Corte en esta primera etapa, se limitó a ordenar el reintegro del

servidor público al cargo del cual se había desvinculado, manteniendo vigencia dicha orden hasta tanto el asunto fuera resuelto por la autoridad competente.

Así se decidió, por ejemplo, en las Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002 y T-752 de 2003. 7.2.2. Posteriormente, frente al mismo supuesto de hecho, la decisión estuvo enfocada a ordenarle a la autoridad respectiva la motivación del acto de desvinculación, con el doble propósito de garantizar, por un lado, al servidor público su debido proceso y la posibilidad de demandar el acto ante la jurisdicción contenciosa, previo conocimiento de las causas de la desvinculación, y, por otro, que la desvinculación solo se produjese en razón de la existencia de causas objetivas. De acuerdo con ello, en los distintos casos, la Corte dispuso que sólo habría lugar al reintegro del servidor público cuando la autoridad demandada no procediera a motivar el respectivo acto de desvinculación. En este sentido se profirieron las sentencias T-951 de 2004, T-1204 de 2004, T-1206 de 2004, T-1240 de 2004, T-031 de 2005, T-123 de 2005, T-161 de 2005, T-454 de 2005, T-1323 de 2005, T-706 de 2006, T-597 de 2007, T-007 de 2008, T-011 de 2009, T-023 de 2009 y T-610 de 2010, entre otras.

7.2.3. Finalmente, a partir de la Sentencia T-108 de 2009, la Corte retomó la línea inicial, en virtud de la cual se dispone el reintegro a sus cargos de los servidores públicos en provisionalidad que han sido desvinculados sin motivación. En esa sentencia, sin embargo, sin incorporar consideración al respecto en la parte motiva, se incluyó en la parte resolutiva la orden conforme con la cual el reintegro que se disponía para la persona entonces afectada, debía producirse “sin solución de continuidad” lo cual implica que deben pagarse los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta el reintegro. Desde entonces la Corte ha venido conociendo este tipo de asuntos, particularmente cuando se trata de desvinculaciones proferidas con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004, sobre la base de que ya se ha agotado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin que allí se obtuviera la protección de los derechos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional habían sido vulnerados por el acto respectivo. En esos casos, se ha considerado necesario ordenar la nulidad del acto de desvinculación que no había sido motivado, en aras de proteger los derechos a la estabilidad laboral, la igualdad y el debido proceso. Consecuentemente, se ha ordenado el restablecimiento de dichos derechos, con el fin de retrotraer los efectos del acto viciado y que el funcionario público quedara en la misma posición en la que estaba antes de proferirse éste. En tal sentido, se ha ordenado el reintegro de los funcionarios y el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta su efectivo reintegro.

7.2.3.1. En este último sentido se pronunció la Corte en la Sentencia SU-917 de 2010, al resolver una serie de casos en donde los accionantes habían desempeñado cargos de carrera en provisionalidad en distintas entidades públicas y fueron desvinculados de los mismos sin que los actos de retiro hubieran sido debidamente motivados por sus nominadores.

7.2.3.1.1. En esa oportunidad, la Sala Plena, después de reiterar la tesis sobre la estabilidad laboral relativa de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, procedió a evaluar las herramientas que tenía su alcance para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados.

De esa forma, trajo a colación tres hipótesis sobre posibles medidas que podían ser aplicadas según las especificidades del asunto. Sobre el particular, la providencia en cita señaló:

“(…) 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 [122] .

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.

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 [123] ".

7.2.3.1.2. Así pues, la primera de las hipótesis fue objeto de aplicación en varios de los casos al acreditarse que las decisiones de instancia adoptadas habían acogido, por entero, el precedente fijado por la Corte Constitucional. En consecuencia, la Sala Plena ordenó dejar en firme aquellas decisiones que declararon la nulidad de los actos reprochados, así como el restablecimiento de los derechos de los peticionarios.

Cabe observar que, de acuerdo con la consecuencia que, de ordinario se atribuye a las decisiones que declaran la nulidad de los actos por medio de los cuales se ha desvinculado a un servidor público, lo que procede es el reintegro al cargo, sin solución de continuidad y con el consiguiente pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta el reintegro.

7.2.3.1.3. En los restantes casos hizo uso de la tercera hipótesis, al considerar que ninguna de las decisiones de instancia había sido respetuosa de la jurisprudencia constitucional y la única alternativa que, en su sentir, devenía idónea para asegurar el restablecimiento real y efectivo de los derechos quebrantados consistía en dictar, directamente, sentencia sustitutiva o de reemplazo. Conforme con esa consideración, decretó la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados.

7.2.3.2. Similar línea interpretativa adoptó la Sala Séptima de Revisión, en la Sentencia T-656 de 2011, en la que asumió el conocimiento de un caso en el que una persona nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones -CTI- de la Fiscalía General de la Nación fue desvinculada sin que el acto de retiro expresara el fundamento de la decisión.

7.2.3.2.1. En ese escenario, en la sentencia se dispuso conceder la tutela y ordenar el reintegro del accionante al cargo que desempeñaba al momento de su retiro, además de que se efectuara a su favor el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectivo reintegro. Observa la Corte que en esta sentencia se incorporó una nueva regla de decisión, orientada a atemperar la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, con una consideración sobre el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, disponiendo que dicho pago solo procederá hasta cuando el respectivo cargo haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, en la medida en que dicho acontecimiento marca la fecha cierta hasta la cual quién estaba en provisionalidad podía alentar una expectativa de permanecer en el cargo.

7.2.3.3. Con posterioridad, la Sala Plena de la Corporación, en la Sentencia SU-691 de 2011, se pronunció sobre el tema a propósito de una controversia en la que varios peticionarios venían desempeñándose en provisionalidad en cargos de carrera en el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- y en la Fiscalía General de la Nación y fueron desvinculados a través de actos administrativos carentes de motivación, los cuales acudieron ante la jurisdicción contencioso administrativa sin que en dicha sede obtuvieran la protección de sus derechos fundamentales.

7.2.3.3.1. En dicha ocasión, la Sala Plena ratificó lo expuesto por ella en las líneas jurisprudenciales trazadas en la SU-917 de 2010, afianzando la tesis sobre el vicio de nulidad que produce la falta de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera y repasando de nuevo las soluciones que debía aplicar el juez de tutela en el evento en que se promoviera el recurso de amparo contra una providencia judicial que no acatara la jurisprudencia constitucional en la materia.

7.2.3.3.2. De esa forma, al constatar en los casos concretos la procedencia del recurso de amparo, la Sala Plena siguió en estricto sentido el precedente sentado y, por tanto, procedió a dejar sin efectos el acto administrativo de desvinculación y ordenó el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha de reintegro o supresión, de acuerdo con las circunstancias del asunto analizado.

7.2.3.3.3. En esta oportunidad la Corte introdujo un nuevo componente a las reglas de decisión que habían venido gobernando la materia, al disponer, acogiendo una precisión que había sido desarrollada en una línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, debía acompañarse con una previsión sobre la necesidad de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, por considerar que sólo así se ajustaba la orden al artículo 128 Superior. De este modo, la Corte, al paso que dispuso el reintegro de los accionantes y el consiguiente pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, también ordenó a las respectivas entidades accionadas que descontasen las sumas que hubieren devengado los peticionarios, provenientes del Tesoro Público, entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso.

7.2.3.4. Por otro lado, en la Sentencia T-961 de 2011 [124] , la Sala Cuarta de Revisión también admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales e hizo hincapié en el deber del nominador de motivar los actos administrativos de desvinculación de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, con motivo de un caso similar al expuesto en los numerales anteriores, en el que un Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, designado con carácter provisional, fue declarado insubsistente por el Fiscal General de la Nación a través de acto administrativo carente de motivación.

7.2.3.4.1. En esta providencia la Corte integró los criterios que la Corporación había venido desarrollando en orden a limitar el alcance de la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir. Así, la Sala de Revisión, para efectos de fijar los alcances de la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, se remitió de manera expresa a las sentencias SU-917 de 2010 y T-656 de 2011, y, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo censurado, ordenó el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, siempre que éste no hubiere sido provisto por concurso de méritos, así como el pago de salarios y prestaciones a partir del momento en que solicitó la protección de sus derechos fundamentales y hasta la fecha de su efectivo reintegro o hasta que se haya vinculado el respectivo funcionario en propiedad, consecuencia lógica del concurso mismo. Destaca la Corte que en esta oportunidad, como criterio para limitar la desproporción a la que se ha hecho alusión, se dispuso que el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir se produciría desde el momento en el que se interpuso la acción de tutela.

7.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme con la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el

momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

7.3.1. Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme con la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

7.3.2. El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.

7.3.3. Finalmente, conforme con un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela.

7.4. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

7.4.1. Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.

7.4.2. De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la necesidad de una consideración específica del asunto.

7.4.2.1. A propósito de este asunto, recientemente, la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia SU-556 de 2014, abordó la problemática relativa al límite que deben tener las indemnizaciones de los empleados que en provisionalidad ocupan cargos de carrera y que son separados mediante acto administrativo carente de motivación.

7.4.3. Sobre ese particular, se dijo en la sentencia SU 556 de 2014, que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.

7.4.4. En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que “ dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

” [125] 7.4.5. En principio, cabe considerar que la declaratoria de nulidad del acto y la orden de reintegro buscan proteger la estabilidad laboral del servidor público vinculado en provisionalidad, esto es, su expectativa de permanecer en el empleo, al menos, hasta cuando el mismo fuese provisto mediante concurso. Consecuentemente, lo que se debe indemnizar es el daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró esa expectativa de estabilidad. El problema que surge de la aproximación que hasta el momento se ha manejado en la jurisprudencia, se origina en el hecho de que la indemnización se vincula, primero, al tiempo que la persona emplee en acudir a la justicia ordinaria y a la constitucional y, luego, al tiempo que ésta demore en resolver el asunto.

7.4.6. Por el contrario, una aproximación orientada en la finalidad de evitar la desproporción que surge de la aplicación indiscriminada de la orden de reintegro y pago de salarios y de prestaciones, concordante con el texto de la Carta Política, debe analizar la indemnización que se da a título de restablecimiento desde la perspectiva de los principios de equidad y de reparación integral.

7.4.6.1. En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho funcionario tiene una estabilidad relativa, es claro que no puede abrigar una expectativa de permanencia indefinida en el cargo. De este modo, aun cuando en la práctica, en contravía con expresa disposición legal, los nombramientos en provisionalidad se extienden en el tiempo y pueden tener una duración de varios años, al menos para efectos indemnizatorios es posible concluir que el nombramiento en provisionalidad no puede generar una expectativa de estabilidad que vaya más allá de la que, de acuerdo con el ordenamiento legal, pueda tener una persona que ha sido vinculada en dicha modalidad. El segundo factor que limita la extensión de lo que puede considerarse como un daño indemnizable, tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos

necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos.

7.4.6.1.1. De este modo, se tiene, en primer lugar, que la misma figura de la provisionalidad, por definición legal, inhibe que a la persona nombrada en un cargo de carrera se le cree una expectativa legítima de permanencia indefinida en el mismo. Para confirmar lo anterior, basta hacer un recuento de los desarrollos legislativos acerca del tema. Así las cosas, desde la Constitución de 1991, las normas que han regulado la provisionalidad, como mecanismo de acceso al servicio público, han recalcado el carácter transitorio de la figura.

7.4.6.1.2. El Decreto Ley 1222 de 1993 [126] en su artículo primero dispone que: “M ientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador lo prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. De esta situación informará a la Comisión del Servicio Civil correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes, a efectos de que se ejerza la vigilancia a que hay lugar. Cuando se efectúe un encargo o se produzca un nombramiento provisional en un cargo de carrera, por encontrarse vacante definitivamente o por ser un cargo nuevo, el jefe del organismo deberá convocar a concurso dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento .” 7.4.6.1.3. En sus artículos 8 al 10, la Ley 443 de 1998 contempla que:

“ Artículo 8º.- Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

Parágrafo. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.

Artículo 9º.- Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.

Artículo 10º.- Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses, cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.

Cuando por circunstancia debidamente justificada ante la respectiva Comisión del Servicio Civil, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse previa autorización de la respectiva Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

La Comisión del Servicio Civil respectiva podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales o su prórroga sin la apertura de concursos por el tiempo que sea necesario, previa la justificación correspondiente en los casos que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad." 7.4.6.1.4.

Finalmente, los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, establecen que: " Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Artículo 25. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera." 7.4.6.1.5. Las normas que se han transcrito, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.

7.4.6.1.6. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.

7.4.6.1.7. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad,

sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos.

Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.

7.4.6.2. En cuanto al segundo criterio que limita la cuantificación del daño derivado de la desvinculación sin motivación de un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, la solución que fija como indemnización los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, resulta claramente incompatible con el conjunto de principios y derechos que orientan el Estado Social y Constitucional de Derecho.

7.4.6.2.1. Para la Corte es claro que una indemnización así concebida resulta excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política. Ello por cuanto, con base en los mismos, no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Por el contrario, se debe asumir que, como parte activa de un Estado Social de Derecho, esa persona contribuyó al desarrollo de la sociedad, en la medida en que ese concepto parte de la consideración de que el individuo es, en principio, capaz de auto sostenerse, y como tal, tiene la carga de asumir su propio destino, siendo excesivo y contrario a la equidad, indemnizarle como si desde el día de su desvinculación hubiere cesado de cumplir la carga de su auto-sostenimiento, y ésta se hubiere trasladado al Estado, quien fungía como empleador.

7.4.6.2.2. En efecto, la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega. Este derecho no consiste ni se reduce a la facultad de exigir el pago periódico de una suma dineraria para atender las necesidades vitales; por el contrario, este pago viene a ser la contraprestación por la realización de actividades socialmente útiles y que redundan en el crecimiento personal de quien las realiza. Por tal motivo, entender que el Estado satisface el derecho al trabajo por suministrar a los ciudadanos una suma mensual, desconoce la naturaleza misma de esta prerrogativa fundamental. La obligación del Estado tiene un dimensión mucho más amplia, pues no solo debe asegurar un mínimo vital, sino que debe crear las condiciones para que en el marco de la autonomía personal, los individuos desplieguen sus intereses y expectativas vitales, contribuyan eficazmente al bienestar colectivo, y como consecuencia de ello, sean retribuidos por su aporte social.

7.4.6.2.3. De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

7.4.6.2.4. Entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual. La solución propuesta invierte la lógica de las cosas, puesto que, justamente, nuestro modelo constitucional parte de la presunción general sobre la capacidad de las personas para definir el rumbo de su vida y para atender por sí mismas sus necesidades vitales. En ese contexto, no es de recibo una cuantificación de la indemnización por la injusta terminación del vínculo laboral, que tenga como punto de partida la consideración implícita conforme a la cual, a partir del acto de desvinculación, y hasta tanto se produzca el reintegro, cesó la obligación de la persona de asumir la responsabilidad de generar sus propios ingresos.

7.4.6.2.5. Finalmente, cabe señalar que la responsabilidad individual por la auto-provisión de recursos, tiene como contrapartida la obligación del Estado de adoptar las medidas, positivas y negativas, para asegurar su goce efectivo por todas las personas, pero que esta obligación difiere sustancialmente del deber de atender y proveer directamente las prestaciones derivadas de todos y cada uno de los derechos constitucionales. Por tal motivo, entender que, en los supuestos sobre los que versa esta providencia, las entidades estatales tienen la obligación de pagar indefinidamente los salarios dejados de percibir desde la desvinculación del servidor público, de un cargo cuya estabilidad era tan sólo relativa, sobrepasa por mucho los deberes a cargo del Estado y la responsabilidad que le es imputable a título de daño por una conducta antijurídica.

7.4.6.2.6. Para ilustrar lo anterior, se hace menester recordar que de acuerdo con los artículos 1 y 25 de la Constitucional Política, el trabajo no sólo se constituye como un derecho, sino como una obligación social. Esta Corporación ha reconocido que " (…) el derecho al trabajo adopta una triple naturaleza constitucional, i) como un valor fundante de nuestro régimen democrático y del Estado Social de Derecho, ii) como un derecho fundamental de desarrollo legal y iii) como una obligación social (arts 1, 25 y 53 C.P.) [127] . Desde esa perspectiva y sin que ello lo convierta en un derecho absoluta [128] , el trabajo es objeto de una especial salvaguarda por parte del Estado, no sólo por razón de esa particular naturaleza, sino porque permite poner de realce la primacía de otros principios igualmente protegidos, como el respecto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas que como trabajadores adelantan una actividad tendiente a desarrollar su potencial físico o mental, en aras de la provisión de los medios necesarios para su subsistencia y sostenimiento familiar [129] .

" [130] 7.4.6.2.7. En esta misma línea, se ha definido que "El trabajo, como valor fundante del orden constitucional, derecho fundamental del individuo y obligación social dentro del Estado Social de Derecho es toda actividad humana libre, voluntaria y lícita que una persona, en forma dependiente o subordinada, o independientemente, realiza de manera consciente en favor de otra natural o jurídica. En estas circunstancias, el trabajo no sólo responde a la necesidad de cada persona de procurarse unos ingresos económicos para atender a su propia subsistencia y a la de su familia, según sus capacidades y las oportunidades que le ofrezca el mercado laboral, de lograr unas metas u objetivos acordes con sus particulares intereses y aspiraciones dentro del ámbito de su autonomía personal, sino en el deber social de contribuir con su trabajo al desarrollo económico, social y cultural de la comunidad de la cual hace parte.

" [131] 7.4.6.2.8. Asimismo, la Corte estableció que " el trabajo es una herramienta necesaria para la paz, por cuanto implica un movimiento perfeccionador que el hombre aporta a la comunidad, es decir, el trabajo es trascendente, debe construir la armonía social y no prestarse a la violencia -antítesis de la paz-. Ahora bien, el trabajador en Colombia debe cumplir con los deberes prescritos para la persona y el ciudadano, tal como lo dispone el artículo 95 de la Constitución Política (…) ".

[132] 7.4.6.2.9. Es decir, de acuerdo con la Constitución Política, la persona no solo tiene el derecho al trabajo, sino también la carga de procurarse los medios económicos para su auto-sostenimiento y, de ese modo, para asumir la responsabilidad de su propio destino, contribuyendo al desarrollo de la sociedad por medio de la realización de la actividad lícita que elija ejercer libre y voluntariamente.

Así, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, la persona debe asumir la carga de su propio sostenimiento, sin pretender que sea el empleador quien la asuma, por la totalidad del periodo que permanezca desvinculado, y sin que haya desplegado acción alguna tendiente a recuperar esa capacidad de auto-sostenimiento. Dicha conclusión se refuerza aún más cuando la desvinculación se presenta como consecuencia de un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, pues, sin perjuicio del derecho que le asiste para cuestionar judicialmente el acto respectivo, le corresponde actuar de buena fe,

y procurar la auto-provisión de recursos, en beneficio propio y de sus dependientes, y contribuir con su actividad al desarrollo económico y social de la comunidad de la cual hace parte.

7.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales.

Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

7.6. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a “ un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima ” [133] .

Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe tener en cuenta su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.

7.7. Para cuantificar, en los términos que se acaban de enunciar, la indemnización por el daño atribuible a la desvinculación sin motivación de quien se encontraba ocupando en provisionalidad un cargo de carrera, es posible acudir a distintas alternativas, que, dentro de la teoría general de la responsabilidad es posible dividir en dos categorías: Por un lado, sería posible hacer una determinación del daño y la consiguiente cuantificación de la indemnización, caso por caso. De modo alternativo, cabe acudir a criterios de indemnización previamente fijados por el legislador, a partir de consideraciones abstractas, que se separan de la cuantificación del daño en los casos concretos.

7.7.1. La primera hipótesis plantea dificultades teórico prácticas complejas, en la medida en que la condición, de la que parcialmente [134] se deriva el daño -la privación del ingreso-, no es atribuible de manera indefinida al acto lesivo, sino que depende también de factores ajenos al mismo, algunos objetivos, como la eventualidad de que la persona acceda de manera más o menos pronta a una fuente alternativa de ingresos, y, otros, subjetivos, como la voluntad y la diligencia con la que se proceda a la búsqueda de dicha alternativa. Esa indeterminación ha conducido a que, en hipótesis como la que es objeto de análisis, el legislador haya acudido a sistemas de cuantificación de los perjuicios a partir de elementos objetivamente predeterminados.

7.7.2. En esta última aproximación, como modalidad alternativa de cuantificación de la indemnización, cabría plantear una en la que, para efectos de establecerla, se tome como referente el término máximo contemplado en la ley para la permanencia en provisionalidad en un cargo de carrera. En ese contexto, habría que asumir que a la persona no se le creó

una vocación de permanencia indeterminada, sino temporal y excepcional, que es la que ha sido lesionada por la falta de motivación del acto. Otra posibilidad sería tomar el modelo por el que se ha optado en el derecho laboral privado, en el que, para la cuantificación del daño, se toma en cuenta el tiempo durante el cual la persona afectada permaneció en el empleo, en la medida en que tal circunstancia tiene una clara incidencia sobre la expectativa, tanto objetiva como subjetiva, de permanencia en el cargo.

7.7.1.1. En la primera de esas modalidades, es posible observar que a partir de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1222 de 1993, normas que han regulado el supuesto en los últimos veinte años, es posible concluir que el término más largo de vinculación en provisionalidad a un cargo de carrera es de seis (6) meses. Así las cosas, la expectativa creada a este tipo de personas, y que se lesiona cuando se desvinculan por auto inmotivado, es aquella de permanecer seis meses vinculados al cargo.

7.7.1.2. Por lo anterior, lógicamente cabría señalar que, dado que la vinculación en provisionalidad tiene una limitación temporal, la indemnización por terminación sin motivación, debería proceder conforme al mismo criterio de temporalidad, lo que haría posible entender que el término legal de duración de la provisionalidad, marca la expectativa máxima de permanencia de una persona vinculada en esa modalidad. Así las cosas, en concordancia con los principios de reparación integral y equidad, para indemnizar la pérdida del cargo de carrera provisto en provisionalidad, sólo se tendría que pagar el salario de seis meses, el término máximo que según la ley pueden permanecer las personas vinculados al mismo, y por tanto el término durante el cual se les concede a éstas la protección legal.

7.7.2.1. La otra posibilidad a la que se ha hecho alusión parte de la consideración de que el legislador previamente ha tazado el lucro cesante que se causa por la pérdida del empleo. En el derecho privado, se establece la forma de indemnizar la pérdida sin justa causa del empleo por medio del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, en derecho administrativo, el legislador reguló la indemnización cuando un cargo de carrera es suprimido y no se reubica al funcionario, por medio de los dos parágrafos del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 [135] . Ambas indemnizaciones parten del tiempo durante el cual se ha prestado el servicio a una entidad, pues se ha considerado que el daño que se le causa a la expectativa de permanecer en un cargo es directamente proporcional al tiempo que se ha durado en el mismo.

7.8. Encuentra la Corte que, para el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, es decir, para el caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, no es posible acudir a los criterios antes señalados, principalmente, porque no existe previsión legal expresa que los cobije, y, por las particularidades que identifican tal situación, no es posible dar aplicación a la analogía legis . Sin embargo, retomando los avances jurisprudenciales a los que se ha hecho expresa alusión, es posible acudir a una formula en la que el valor de la indemnización se aproxime lo más posible al daño efectivamente sufrido por la persona.

7.8.1. En efecto, como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional ha venido evolucionando en la dirección de vincular el monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación, con el daño efectivamente sufrido por éste. Dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

7.8.2. En ese contexto, desarrollando los criterios fijados por la Corte en la SU-691 de 2011, la misma Corporación, en la sentencia SU-556 de 2014, concluyó que la fórmula que resulta aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de

continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir. Cabe entender que el salario se deja de percibir, cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no "deja de percibir" una retribución por su trabajo.

7.8.2.1. Siendo ello así, como quiera que sólo cabe indemnizar el daño efectivamente sufrido y tal daño es equivalente a lo dejado de percibir, de la suma indemnizatoria es preciso descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

7.8.3. De esta forma, la Corte amplía las reglas de decisión que se han venido adoptado en la materia, particularmente en lo que tiene que ver con la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y la previsión aplicada de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada.

Así, conforme con la nueva lectura, la regla de decisión se extiende, en esas circunstancias, a descontar la remuneración que recibe la persona desvinculada, no solo del tesoro público sino también del sector privado, ya sea como trabajador dependiente o independiente.

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

7.8.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

7.8.6. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de veinticuatro (24) meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

7.8.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery? , en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías [136] , advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración [137] , el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de doce (12) meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente cuatro punto cinco (4,5) meses.

7.8.8. El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada “Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006” [138] , la cual, a partir de una análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración [139] , sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los doce (12) meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los ocho (8) meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los doce (12) meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.

[140] 7.8.9. Conforme con lo expuesto, según lo precisó la Corte en la citada sentencia SU-556 de 2014, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son:

(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

7.9. De acuerdo con las consideraciones expuestas, pasa la Corte a revisar los casos concretos. 8. Casos Concretos 8.1. Resueltas las cuestiones generales, debe esta Sala definir si las autoridades judiciales demandadas, al decidir las respectivas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes, al apartarse de la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con la necesidad de motivación de los actos de retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

8.1.1. No obstante, antes de entrar a resolver cada caso en particular, es menester pronunciarse de manera general acerca del problema jurídico planteado, de suerte que sea clara, una vez más, la posición de la Corporación al respecto.

8.2. Encuentra la Sala que, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso, y a la garantía de los principios de legalidad y publicidad establecidos en la Constitución de 1991, los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad deben ser motivados, “ toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas” [141] .

Así las cosas, desconocer dicho deber implica una vulneración de los derechos del administrado afectado, y, por tanto, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, es un acto viciado de nulidad que lleva al restablecimiento del derecho.

8.3. Tal interpretación de la Carta Política, y en especial del derecho al debido proceso, ha sido reiterada por esta Corporación de manera constante en la última década, conformando la ratio decidendi de más de un centenar de sentencias [142] . Por tanto, se ha de entender que es un precedente consolidado, en el que se define el alcance de un derecho fundamental, que en virtud de la supremacía de la Constitución ha de permear todo el ordenamiento jurídico, y ha de ser aplicado por todo operador jurídico, so pena de incurrir en un desconocimiento del derecho a la igualdad de los ciudadanos, y de los principios de seguridad jurídica y coherencia y racionalidad del ordenamiento.

8.4. Como lo ha reconocido esta Corporación, los operadores judiciales tienen, prima facie, el deber de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de su autonomía, “deben asumir una carga de argumentación más estricta que la usual, ya que deben demostrar adecuada y suficientemente las razones por las cuales se apartan; de no ser así, se configurará un defecto que hace procedente la acción de tutela ” [143] .

8.5. En consecuencia, si bien es posible apartarse del precedente constitucional en materia de motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera provistos en provisionalidad, debe hacerse cumpliendo con una carga estricta de argumentación, de manera que no basta con reconocer la existencia de una línea de jurisprudencia distinta, y, sostener que se acata la regla establecida por los órganos de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ello, en ningún momento se asimila a consideraciones que demuestren porqué la posición de la jurisprudencia Constitucional no es válida, es insuficiente o incorrecta, y, consecuentemente, no son razones suficientes para discrepar de la posición de esta Corporación, adoptada en su condición de interprete autorizado de la Carta y órgano a quien el propio ordenamiento Superior le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” .

8.6. El Consejo de Estado es el tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, una autoridad en interpretación normativa, pero aun así está sujeto a los lineamientos de la Constitución Política y a las interpretaciones que del texto Superior lleva a cabo la Corte Constitucional con fundamento en lo previsto en sus artículos 4º y 241, no pudiendo apartarse del precedente constitucional s in haber asumido una carga de argumentación que permita demostrar adecuada y suficientemente las razones por las cuales se adoptan decisiones en sentido contrario, máxime si, como ocurre en este caso, la interpretación fijada por la jurisprudencia constitucional resulta ser más favorable en punto a la fijación del alcance y ejercicio de los derechos involucrados y, concretamente, respecto del derecho al debido proceso.

8.7. Así las cosas, esta Sala concluye que no se han presentado en el tema elementos de juicio distintos que permitan llegar a aplicar una regla de derecho diferente frente a los actos de retiro de los funcionarios en provisionalidad. De allí que desconocer el precedente de la Corporación en el tema y, consecuentemente, negar las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el acto de retiro no ha sido motivado, es incurrir en una violación flagrante de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, contenidos en los artículos 13 y 29 de la Carta Política, respectivamente.

8.8. Ahora bien, ya esta Corporación ha reconocido que la existencia de diferentes posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, responde a la dinámica interpretativa del derecho y no necesariamente a una actuación irregular del operador jurídico. Sobre este particular, ha puesto de presente la Corte que “no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad” [144] .

8.9. Así, aun cuando es claro que el principio de supremacía constitucional ha irradiado a todas las jurisdicciones, y por tanto, las decisiones de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, “también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales” [145] .

8.10. Desde esta perspectiva, si bien la interpretación y aplicación que los jueces administrativos han realizado de los textos legales no puede ser considerada como una fuente de responsabilidad, ni personal ni estatal, tampoco puede prevalecer sobre el precedente constitucional, cuando por su intermedio se interpreta y se fija con autoridad el alcance de

un derecho fundamental, en este caso, el derecho al debido proceso de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación del acto.

8.11. Cabe aclarar, sin embargo, que la regla general para proveer los cargos públicos ha de ser la carrera administrativa, es decir el acceso al servicio público por méritos, en virtud del artículo 125 Superior y, por ello, la presente providencia no puede ser interpretada como un cambio a ese mandato de orden superior. Por el contrario, sólo pretende resolver problemas coyunturales del estado anómalo de la contratación estatal en provisionalidad [146] .

De allí que, cuando haya lugar al reintegro en los casos estudiados, conforme con la línea de interpretación constitucional comentada, éste sólo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos , no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso 8.12. Ahora bien, con la finalidad de restablecer el derecho, se deberá considerar la reparación del daño derivado de haber perdido injustamente el empleo, lo cual a luz de las consideraciones previamente hechas, debe corresponder al pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación, entendiendo que el salario se deja de percibir, cuando una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que aquella accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por tanto, ya no “deja de percibir” una retribución por su trabajo.

8.13. En ese sentido, como ya se explicó, a la suma indemnizatoria que se reconozca al trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es despedido sin motivación, es preciso descontar todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses, que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, ni superior a veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, término este último que, a su vez, se establece teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

8.14. Tal y como fue aclarado en el apartado anterior, el tope mínimo de indemnización opera para los casos en que las personas desvinculadas hayan agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, en razón a la demora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extiende a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses, entendiendo que, en el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

8.15. Habiendo precisado lo anterior, la Sala debe proceder a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para luego entrar a establecer sí, en las decisiones acusadas en cada uno de los casos concretos, se configura la causal específica de procedibilidad referida al desconocimiento del precedente constitucional.

8.16. En relación con esto último, cabe resaltar que en el presente caso, como ocurrió en los casos de la sentencia SU-556 de 2014, le corresponde a la Corte pronunciarse sobre la situación de aquellos servidores públicos que ejercían cargos de carrera en provisionalidad y fueron despedidos sin motivación, antes de la entrada en vigencia del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y que, previo a la interposición de la respectiva acción de tutela, promovieron los respectivos procesos contenciosos sin que en ellos les fueran reconocidas sus pretensiones.

8.17. Tal precisión resulta de interés, no solo por el hecho de definir el ámbito de aplicación de las medidas tomadas en el presente fallo, sino también, por cuanto que, como lo destacó la Corte en la sentencia SU-556 de 2014, el criterio

adoptado en torno a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogido por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual, a su vez, en la actualidad, viene siendo aplicado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el sentido de reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los empleados públicos en cargos de carrera ocupados en provisionalidad.

8.1.1. E xpediente T-3.691.582 8.1.1.1. La señora Myriam Leonor Acosta Melo presentó acción de nulidad y restablecimiento de derecho al ser desvinculada de la Fiscalía General de la Nación, de un puesto de carrera que ocupaba en provisionalidad, por no haberse motivado el acto que dispuso su insubsistencia. En primera instancia, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla falló a favor de las pretensiones de la demandante, al encontrar probada la causal de desviación del poder. Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Atlántico revocó la decisión y denegó las pretensiones de la actora, al considerar que dichos actos de retiro no debían ser motivados.

8.1.1.2. Contra la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico, la señora Acosta Melo formuló acción de tutela. Expuso que dicha sentencia desconoció el precedente de la Corte Constitucional y vulneró sus derechos fundamentales. No obstante lo anterior, tanto el juez de primera instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A), como el de segunda (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta), declararon improcedente la solicitud de amparo.

8.1.1.3. A efectos de solucionar el problema jurídico planteado y siguiendo la regla de decisión propuesta, debe entrar la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para luego pasar a establecer si la sentencia atacada desconoció el precedente sentado por la Corte Constitucional.

8.1.1.3.1. Así, encuentra la Corte que en el caso concreto, la solicitud de amparo cumple con los requisitos generales que habilitan la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. En primer lugar, (i) el asunto tiene relevancia constitucional al referirse al desconocimiento de varios derechos fundamentales, en particular del derecho al debido proceso y a la estabilidad laboral intermedia de los funcionarios que en provisionalidad ocupan un cargo de carrera y son retirados del servicio público sin que el acto administrativo que lo dispone esté motivado; lo cual, a su vez, lleva a la vulneración del derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica, cuando el juez contencioso administrativo se aparta de la jurisprudencia de esta Corporación -que impone el deber de motivar tales actos administrativos-, e inaplica el precedente que en supuestos de hecho similares a los sub examine se ha sentado sobre el particular.

8.1.1.3.2. En segundo lugar, (ii) la actora ha agotado todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que tenía a su disposición. Efectivamente ésta, acudió al juez natural del conflicto con miras a que se protegieran sus derechos fundamentales, finiquitando todas las instancias del proceso contencioso administrativo, sin tener cómo más controvertir la decisión. En tercer lugar, (iii) la acción de amparo interpuesta cumple con el requisito de inmediatez, puesto que se ataca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 28 de septiembre de 2011, la cual fue notificada por edicto del 16 de noviembre de 2011, desfijado el 18 de noviembre de 2011 [147] , y la señora Acosta Melo interpuso la acción constitucional el cinco de diciembre de 2011, es decir, dentro de un término razonable. Adicionalmente, verifica la Sala que (iv) el planteamiento de la tutela no se basa en una irregularidad procesal y que, (v) la accionante identificó los hechos que generaron la violación denunciada, luego de haber alegado su posición dentro del proceso contencioso. Finalmente, (vi) se tiene que la decisión atacada no es una sentencia de tutela. Por todo lo anterior, la Sala procederá a estudiar el tema de fondo, al comprobar que se han cumplido con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de amparo.

8.1.1.4. En relación con esto último, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo del Atlántico consideró que el cargo que ocupaba la demandante era un cargo de carrera que ejercía en provisionalidad, ya que no aparecía como de libre

nombramiento y remoción en la clasificación que de los empleos de la Fiscalía hicieron la Ley 270 de 1996 y el artículo 106 del Decreto Ley 261 de 2000, por lo cual, el acto de retito de la señora Acosta Melo no debía ser motivado.

Efectivamente, la Resolución No. 0-0428 del 23 de abril de 2001, por medio de la cual se desvinculó a la actora, no tuvo motivación, pues sólo hizo referencia, de manera general, a las facultades del Fiscal General de la Nación de acuerdo con el artículo 251 Superior. De manera que, el que no estuviera motivado el acto, lesionaba sus derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad laboral, y consecuentemente, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, estaba viciado de nulidad, por lo que procedía el restablecimiento del derecho, tal y como lo ha dejado expuesto en múltiples oportunidades la jurisprudencia de esta Corte. Pero, dado que el fallo atacado por vía de tutela no accedió a las pretensiones de la demanda, resulta contrario al derecho a la igualdad, al principio de seguridad jurídica, y a la coherencia y razonabilidad de nuestro sistema jurídico, incurriendo en la causal especifica de procedibilidad de desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, tal y como se expuso en el numeral 7 de esta providencia. Por lo tanto, la sentencia del 28 de septiembre de 2011, del Tribunal Administrativo del Atlántico, es un acto de una autoridad pública, vulnerador de derechos fundamentales, situación que ha de corregir el juez de tutela.

8.1.1.5. Por lo anterior, se deberán revocar las sentencias de tutela proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 25 de abril de 2012, y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el tres de febrero de 2012, mediante las cuales se rechazó por improcedente la solicitud de amparo formulada por la señora Myriam Leonor Acosta Melo contra el Tribunal Administrativo del Atlántico, y, en su lugar, se concederá la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad.

8.1.1.6. A efectos de proteger dichos derechos fundamentales, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 28 de septiembre de 2011, la cual revocó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, el 20 de octubre de 2010, en cuanto declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro de la señora Myriam Leonor Acosta Melo.

Sin embargo, se revocarán las disposiciones en torno a la indemnización reconocida en dicho fallo; ordenando, en su lugar, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

8.1.2. Expediente T-3.718.026 8.1.2.1. La señora Aida Janeth Cáceres Paredes, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al ser desvinculada de la Fiscalía General de la Nación, de un puesto de carrera que ocupaba en provisionalidad, por no haberse motivado el acto que dispuso su insubsistencia.

En primera instancia, el Juzgado Único Administrativo de San Gil, negó las pretensiones de la demanda, argumentando que los empleados de la Fiscalía que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, pueden ser desvinculados de la institución mediante la expedición de un acto administrativo ausente de motivación, dado que este tipo de servidores no tienen ninguna estabilidad laboral, y, no obstante el buen ejercicio en su cargo, se asimilan a los funcionarios de libre nombramiento y remoción y se presume que la declaratoria de insubsistencia está amparada en el buen servicio.

8.1.2.2. La anterior decisión fue apelada por la actora, y en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Santander la confirmó, con el argumento de que la resolución por medio de la cual se le separó del cargo no debía estar motivada dado que la misma se profirió en uso de las facultades constitucionales y legales que le asisten al nominador, y aquél no

tendía el deber legal de motivarla, conforme con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998, a la Ley 443 de 1998 y el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998.

8.1.2.3. En desacuerdo con las decisiones proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Cáceres Paredes promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander, el Juzgado Único Administrativo de San Gil y la Fiscalía General de la Nación, solicitando se protegieran sus derechos fundamentales, pues las sentencias dictadas por los jueces dentro del proceso contencioso administrativo incurrieron en un defecto fáctico, desconocieron el precedente constitucional y violaron directamente la Constitución. No obstante lo anterior, tanto el juez de primera instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B), como el de segunda (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta), negaron el amparo tutelar.

8.1.2.4. A efectos de solucionar el problema jurídico planteado y siguiendo la regla de decisión propuesta, debe entrar la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para luego pasar a establecer si la sentencia atacada desconoció el precedente sentado por la Corte Constitucional.

8.1.2.4.1. Efectivamente, el asunto bajo consideración cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En primer lugar, (i) el asunto tiene relevancia constitucional al referirse al desconocimiento de varios derechos fundamentales, en particular del derecho al debido proceso y a la estabilidad laboral intermedia de los funcionarios que en provisionalidad ocupan un cargo de carrera y son retirados del servicio público sin que el acto administrativo que lo dispone esté motivado, lo cual, a su vez, lleva a la vulneración del derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica, cuando el juez contencioso administrativo se aparta de la jurisprudencia de esta Corporación -que impone el deber de motivar tales actos administrativos-, e inaplica el precedente que en supuestos de hecho similares a los sub examine se ha sentado sobre el particular.

8.1.2.4.2. Asimismo, (ii) se han agotado todos los medios de defensa previstos en el ordenamiento, pues se tramitó el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Igualmente, (iii) la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez, puesto que el edicto que notificó la sentencia de segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el tres de mayo de 2010, fue fijado el 31 de octubre de 2011 [148] , y se interpuso la tutela el 24 de enero de 2012, es decir, dentro de un término razonable. También, (iv) verificó la Sala que dentro del expediente referido no se acusa una irregularidad procesal, (v) la accionante identificó los hechos que dieron lugar a la violación alegada, y tal como consta en la demanda del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, desde un inicio invocó la falta de motivación del acto como causal de nulidad del mismo. Finalmente, (vi) se estableció que las decisiones judiciales atacadas no son sentencias de tutela. Por todo lo anterior, la Sala procederá a estudiar el tema de fondo, al comprobar que se han cumplido con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de amparo.

8.1.2.5. En relación con esto último, advierte la Sala que tanto el Tribunal Administrativo de Santander, como el Juzgado Único Administrativo de San Gil, consideraron que el cargo que ocupaba la demandante era un cargo de carrera que ejercía en provisionalidad, y con base en lo reglado por el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 7 del Decreto 152 de 1998, su despido podía hacerse mediante un acto administrativo carente de motivación.

8.1.2.6. Efectivamente, la Resolución 0-0321 de enero 30 de 2004, por medio de la cual se desvinculó a la actora, no tuvo motivación, pues hizo solo referencia de manera general a las facultades del Fiscal General de la Nación de acuerdo con el artículo 251 de la Constitución. De manera que, el que no estuviera motivado el acto, lesionaba sus derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad laboral, y consecuentemente, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, estaba viciado de nulidad, por lo que procedía el restablecimiento del derecho, tal y como

lo ha dejado expuesto en múltiples oportunidades la jurisprudencia de esta Corte. Pero, dado que los fallos atacados por vía de tutela no accedieron a las pretensiones de la demanda, resultan contrarios al derecho a la igualdad, al principio de seguridad jurídica, y a la coherencia y razonabilidad de nuestro sistema jurídico, incurriendo en la causal especifica de procedibilidad de desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, tal y como se expuso en el numeral siete de esta providencia, situación que ha de corregir el juez de tutela. Por lo tanto, las sentencias del tres de mayo de 2010, del Juzgado Único Administrativo de San Gil y, del 18 de octubre de 2011, del Tribunal Administrativo de Santander, son actos de autoridades públicas, vulneradores de derechos fundamentales, situación que ha de corregir el juez de tutela.

8.1.2.7. Por lo anterior, la Sala deberá revocar las sentencias de tutela proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 12 de julio de 2012, y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, el primero de marzo de 2012, mediante las cuales se negó la solicitud de amparo formulada por la señora Aida Janeth Cáceres Paredes contra la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado Único Administrativo de San Gil y el Tribunal Administrativo de Santander, y, en su lugar, se concederá el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad.

8.1.2.8. En consecuencia, la Sala dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, el 18 de octubre de 2011, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la que a su vez confirmó la sentencia proferida el tres de mayo de 2010 por el Juzgado Único Administrativo de San Gil. En su lugar se declarará la nulidad de la Resolución 0-0321 del 30 de enero de 2004, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Secretario Judicial I de la Dirección Seccional de Fiscalías de San Gil, de la señora Aida Janeth Cáceres Paredes, se dispondrá su reintegro al cargo ocupado o a otro igual o de superior categoría, ordenando, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

8.1.3. Expediente T-3.731.720 8.1.3.1. El accionante José Edmundo Bravo Obando, inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho al haber sido desvinculado de la Fiscalía General de la Nación, de un puesto de carrera que ocupada en provisionalidad, por no haberse motivado el acto que dispuso su insubsistencia. En primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, desestimó las pretensiones de la demanda.

Consideró que su nombramiento era en provisionalidad, por lo cual, el nominador podía declararlo insubsistente mientras se expedía la lista de elegibles como resultado de un concurso de méritos. Adujo el a quo que la resolución por medio de la cual se declaró su insubsistencia estaba amparada por la presunción de legalidad, y se había proferido en uso de la facultad discrecional que le asiste a su nominador.

8.1.3.2. Contra la anterior decisión, el señor Bravo Obando presentó recurso de apelación, el cual le correspondió desatar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, autoridad que confirmó la sentencia atacada. Para el ad quem, el actor estaba vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, pues su ingreso a la Fiscalía no había sido consecuencia de la participación en un concurso de méritos, por lo cual el nominador podía ejercer irrestrictamente la facultad discrecional dado que a él no lo amparaba ningún fuero de estabilidad. Dijo el Tribunal, al contrario de lo expuesto por el a quo , que los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a un empleado de carrera nombrado en provisionalidad debe estar motivado, y que efectivamente la Resolución 0-0002 del cuatro de enero de 2006, por medio de la cual se le declaró insubsistente, sí estuvo motivada.

8.1.3.3. En desacuerdo con lo fallado por los jueces contencioso administrativos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor José Edmundo Bravo presentó acción de tutela contra el Tribunal Contencioso

Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales, pues la decisiones por ellos proferidas van en contravía de lo estipulado por la Corte Constitucional, máxime porque su ingreso a la Fiscalía General de la Nación fue producto de la participación y aprobación del concurso de méritos realizado para proveer cargos en las fiscalía locales, en el año 1994. No obstante lo anterior, el juez constitucional de primera instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta) negó la acción de amparo por improcedente, y el de segunda instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta) la declaró improcedente.

8.1.3.4. A efectos de solucionar el problema jurídico planteado y siguiendo la regla de decisión propuesta, debe entrar la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para luego pasar a establecer si la sentencia atacada desconoció el precedente sentado por la Corte Constitucional.

8.1.3.4.1. Entonces, estudiados los requisitos generales de procedibilidad de la tutela, es evidente que (i) el caso sub iudice tiene relevancia constitucional al referirse al desconocimiento de varios derechos fundamentales, en particular del derecho al debido proceso y a la estabilidad laboral intermedia de los funcionarios que en provisionalidad ocupan un cargo de carrera y son retirados del servicio público sin que el acto administrativo que lo dispone esté motivado; lo cual, a su vez, lleva a la vulneración del derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica, cuando el juez contencioso administrativo se aparta de la jurisprudencia de esta Corporación -que impone el deber de motivar tales actos administrativos-, e inaplica el precedente que en supuestos de hecho similares a los sub examine se ha sentado sobre el particular.

8.1.3.4.2. Asimismo, (ii) se han agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa, puesto que el accionante tramitó todas las etapas del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Igualmente, (iii) se verifica que la acción de amparo interpuesta cumple con el requisito de inmediatez, pues la sentencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, es del 16 de junio de 2011, y se notificó por edicto fijado el 19 de julio de 2011, el cual fue desfijado el 22 de julio de 2011, y el escrito de tutela se presentó el 11 de noviembre de 2011, es decir dentro de un término razonable. De otro lado, (iv) la Sala comprueba que no se trata de una irregularidad procesal, (v) que desde la demanda en la que se solicitó la nulidad del acto por carecer de motivación, se identificó el hecho vulnerador, al hacer referencia al desconocimiento de la jurisprudencia sentada por esta Corporación. Por último, (vi) es claro que el fallo impugnado no es de tutela. A partir de las consideraciones anteriores, procede la Sala a hacer un estudio de fondo del tema, al considerar que se han cumplido con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales.

8.1.3.5. Conforme con esto último, advierte la Sala que tal y como lo encontraron los jueces de instancia, el accionante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, pues efectivamente la Fiscalía manifestó que:

“Respecto de las solicitudes de los ordinales primero y segundo de su derecho de petición para que se le certifique si su ingreso al cargo de Fiscal Local se produjo luego de haber sido superadas las etapas del concurso 1994 así como si se encuentra en el listado de los que ingresaron en el concurso 1994 como Fiscal Local, en su caso para la ciudad de Bogotá; debo indicarle que a pesar de que su ingreso a la Fiscalía General de la Nación se produjo en el año 1992 para el cargo de Técnico judicial Grado 9º, luego de su participación en el proceso de selección de 1994 fue nombrado como Fiscal Local” [149] .

8.1.3.6. Bajo ese entendido, aun cuando el actor ingresó a la Fiscalía General de la Nación, mediante un concurso de méritos, lo hizo para el cargo de Técnico judicial Grado 9º y no para el cargo de Fiscal Local que ocupaba al momento de la declaratoria de insubsistencia.

8.1.3.7. De conformidad con lo expuesto, el señor José Edmundo Bravo Obando fue nombrado como fiscal local, cargo que de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 116 de 1994 es de carrera, pero que él ocupaba en provisionalidad, por lo cual, el Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, consideró que su retiro podía darse mediante un acto administrativo carente de motivación y avaló el actuar de la Fiscalía General de la Nación.

8.1.3.8. En oposición de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Santander, dijo que si bien el señor Bravo Obando ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, su retiro debía darse mediante un acto administrativo motivado, y en su caso particular, la resolución por medio de la cual se le había declarado insubsistente sí estaba motivada, pues en la parte considerativa hizo referencia a los artículos 125 y 253 de la Constitución Política, al régimen de carrera de la Fiscalía establecido en el artículo 159 de la Ley 270 de 1996, a los artículos 60 y 70 de la Ley 938 de 2004, y a la designación de un nombramiento en provisionalidad, según el artículo 17 de la Resolución 1501 de 2005. Expuso que en la resolución atacada también se invocó la competencia que le atribuye al nominador el artículo 11 de la Ley 938 de 2004, el artículo 34 de la Resolución 0-1501 de 2005 y reiterada jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa relacionada con el particular.

8.1.3.9. No obstante lo antes expuesto, para esta Corporación, a diferencia de lo que sostuvo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, como juez de tutela en primera instancia; la Resolución 0-0002 del 4 de enero de 2006, por medio de la cual se desvinculó al accionante del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, no tenía esta motivación. Si bien, en la misma se citaron una serie de apartes normativos en los que se define la facultad discrecional del nominador, el régimen de carrera, y unas jurisprudencias del Consejo de Estado que disponen que el servidor público judicial nombrado en provisionalidad puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador; la parte motiva no hace referencia alguna a la relación de tales normas o sentencias con la situación de hecho, particular y concreta del accionante, para poder evidenciar así, que la declaratoria de insubsistencia obedece únicamente a la mejora del servicio, o a una circunstancia específica distinta.

8.1.3.10. Por ende, hay que concluir que, tal como se expresó en el aparte 6 de esta sentencia, la Resolución 0-0002 del 4 de enero de 2006 es un acto que debía ser motivado en los términos en los que lo ha dejado sentado esta Corporación, es decir, debía atender a una “ razón suficiente” , en virtud de la cual debían constar de manera particular y concreta los motivos de hecho y de derecho con base en los cuales se retiraba al actor de su cargo, no resultando válidas las justificaciones meramente genéricas, en las que se cite normatividad y jurisprudencia, sin que se relate de manera razonable la relación de las mismas con el caso particular del funcionario que estaba siendo removido.

8.1.3.11. Es claro entonces que el incumplimiento del deber de motivar los actos administrativos lesiona el derecho fundamental al debido proceso. Consecuentemente, a falta del cumplimiento de dicho deber, procedía la nulidad de la resolución atacada y el restablecimiento del derecho del acá accionante, en concordancia con los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, puesto que como ya se explicó en el aparte 4 de esta providencia, el precedente es de obligatorio acatamiento con miras a la protección a los principios de seguridad jurídica, coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, y del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley. De allí que no sea suficiente como motivación la referencia escueta de normas, como en el caso sub examine .

8.1.3.12. En virtud de lo anterior es claro que los jueces contencioso administrativos violaron el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, al desconocer el alcance que esta Corporación le había dado al debido proceso y a la estabilidad laboral en torno a la motivación de los actos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad, lo cual configura la causal de procedencia de la acción de tutela por desconocimiento del precedente constitucional. Por lo tanto, las sentencias del primero de marzo de 2010, del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Descongestión de Bogotá, y, del 16 de junio de 2011, de la Sección Segunda Subsección D del Tribunal

Administrativo de Cundinamarca; son actos de autoridades públicas, vulneradores de derechos fundamentales, situación que ha de corregir el juez de tutela.

8.1.3.13. De allí que la Sala deberá revocar las sentencias de tutela proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de septiembre de 2012, y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de enero de 2012; la primera de las cuales negó por improcedente la acción de tutela formulada por el señor José Edmundo Bravo Obando contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, y la segunda, la declaró improcedente. En su lugar, se concederá la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad del accionante.

8.1.3.14. En aras de amparar los derechos desconocidos, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, del 16 de junio de 2011, la que a su vez confirmó la del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá de Descongestión, del primero de marzo de 2010, la cual negó las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se declarará la nulidad de la Resolución 0-0002 del 4 de enero de 2006, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, del señor José Edmundo Bravo Obando, se dispondrá el reintegro al cargo ocupado por él ocupado o a otro igual o de superior categoría, ordenando, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

8.1.4. Expediente 3.731.572 8.1.4.1. El accionante, Josué Dimas Gómez Ortiz, promovió acción de nulidad y restablecimiento de derecho, al ser desvinculado de la Fiscalía General de la Nación de un puesto de carrera que ocupaba en provisionalidad, por no haberse motivado el acto de insubsistencia. En primera instancia, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2008, negó las pretensiones de la demanda y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante fallo de segunda instancia del 10 de febrero de 2011, confirmó la decisión atacada, al considerar ambas autoridades judiciales que dichos actos de retiro no debían ser motivados.

8.1.4.2. Contra tales decisiones judiciales, el señor Gómez Ortiz presentó acción de tutela argumentando que dichas providencias desconocieron el precedente de la Corte Constitucional y transgredieron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. El juez constitucional de primera instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta) negó por improcedente la tutela interpuesta, y, el de segunda instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta) la declaró improcedente.

8.1.4.3. A efectos de solucionar el problema jurídico planteado y siguiendo la regla de decisión propuesta, debe entrar la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para luego pasar a establecer si la sentencia atacada desconoció el precedente sentado por la Corte Constitucional.

8.1.4.3.1. Así, la Sala encuentra que el escrito de tutela cumple con los requisitos generales que habilitan la procedencia de la acción de amparo. En primer lugar, (i) el asunto tiene relevancia constitucional al referirse al desconocimiento de varios derechos fundamentales, en particular del derecho al debido proceso y a la estabilidad laboral intermedia de los funcionarios que en provisionalidad ocupan un cargo de carrera y son retirados del servicio público sin que el acto administrativo que lo dispone esté motivado; lo cual, a su vez, lleva a la vulneración del derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica, cuando el juez contencioso administrativo se aparta de la jurisprudencia de esta

Corporación -que impone el deber de motivar tales actos administrativos-, e inaplica el precedente que en supuestos de hecho similares a los sub examine se ha sentado sobre el particular.

8.1.4.3.2. De otro lado, (ii) el actor ha agotado todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que tenía a su disposición; efectivamente acudió al juez natural con miras a que éste protegiera sus derechos fundamentales, finiquitando todas las instancias del proceso contencioso administrativo. En tercer lugar, (iii) se cumple con el requisito de la inmediatez, puesto que la sentencia de segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del Consejo de Estado, fue notificada por edicto, fijado el 11 de marzo de 2011 y desfijado el 15 de marzo de 2011, y la acción de amparo se interpuso el 26 de junio de 2011, es decir, dentro de un término razonable y proporcional dada la complejidad del asunto, al tratarse de una tutela contra una sentencia de una alta corte, lo cual exige un alto grado de argumentación. Adicionalmente, (iv) verifica la Sala que no se alega en la tutela una irregularidad procesal y que, por su parte, (v) el accionante identificó, dentro del proceso contencioso administrativo, los hechos que generaron la violación aludida. Por último, (vi) se constata que no se ataca una sentencia de tutela. Por todo lo anterior, la Sala procede a estudiar el tema de fondo, al comprobar que se han cumplido con los requisitos generales de procedibilidad de la acción.

8.1.4.4. Sobre esa base, la Sala encontró que los jueces naturales del asunto consideraron que el cargo que ocupaba el demandante era un cargo de carrera que ejercía en provisionalidad, ya que no aparecía como de libre nombramiento y remoción en la clasificación que de los empleos de la Fiscalía hizo la Ley 270 de 1996. Así, determinaron que el acto de retiro no debía ser motivado y avalaron el contenido de la Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003, por medio de la cual se desvinculó al actor.

8.1.4.5. Efectivamente, la Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003, por medio de la cual se desvinculó al actor, no tuvo motivación. De manera que, el que no estuviera motivado tal acto, lesionaba sus derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad laboral, y consecuentemente, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el mismo estaba viciado de nulidad, por lo que procedía el restablecimiento del derecho, tal y como lo ha dejado expuesto en múltiples oportunidades la jurisprudencia de esta Corte. Pero, dado que los fallos atacados por vía de tutela no accedieron a las pretensiones de la demanda, resultan contrarios al derecho a la igualdad, al principio de seguridad jurídica, y a la coherencia y razonabilidad de nuestro sistema jurídico, incurriendo en la causal especifica de procedibilidad de desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, tal y como se expuso en el numeral 7 de esta providencia. Por lo tanto, las sentencias del 15 de diciembre de 2008, del Tribunal Administrativo del Huila, y, del 10 de febrero de 2011, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; son actos de autoridades públicas, vulneradores de derechos fundamentales, situación que ha de corregir el juez de tutela.

8.1.4.6. Por lo anterior, se deberán revocar las sentencias de tutela proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de septiembre de 2012, y, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el primero de septiembre de 2012, dentro de la acción de amparo promovida por el señor Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila, la primera de las cuales negó por improcedente la tutela, y la segunda, la declaró improcedente. En su lugar, conceder la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad.

8.1.4.7. Con miras a proteger dichos derechos fundamentales, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, de febrero 10 de 2011, mediante la cual confirmó la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, del 15 de diciembre de 2008, y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar se declarará la nulidad de la Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Fiscal

Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva, se dispondrá su reintegro al cargo ocupado o a otro igual o de superior categoría, ordenando, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

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-3.691.582, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 25 de abril de 2012 y, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el tres de febrero de 2012;

mediante las cuales se declaró improcedente la solicitud de amparo formulada por la señora Myriam Leonor Acosta Melo contra el Tribunal Administrativo del Atlántico. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 28 de septiembre de 2011, la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que inició Myriam Leonor Acosta Melo contra la Fiscalía General de la Nación y otros.

En su lugar, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla el 20 de octubre de 2010, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro de la actora.

REVOCAR PARCIALMENTE la misma, en cuanto ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; y en su lugar, ORDENAR pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Cuarto.- REVOCAR , en el expediente T-3.718.026, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 12 de julio de 2012 y, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, el primero de marzo de 2012;

mediante las cuales se negó la solicitud de amparo formulada por Aida Janeth Cáceres Paredes contra la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado Único Administrativo de San Gil y el Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad.

Quinto.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, el 18 de octubre de 2011, que a su vez confirmó la del Juzgado Único Administrativo del Circuito Judicial de San Gil, del tres de mayo de 2010, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Aida Janeth Cáceres Paredes contra la Fiscalía General de la Nación . En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 0-0321 del 30 de enero de 2004, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Secretario Judicial I de la Dirección Seccional de Fiscalías de San Gil, ORDENAR el reintegro al cargo ocupado por la actora o a otro igual o de superior categoría y ORDENAR pagar , a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia,

descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Sexto.- REVOCAR , en el expediente T-3.731.720, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de septiembre de 2012 y, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 19 de enero de 2012, dentro de la acción de amparo formulada por el señor José Edmundo Bravo Obando contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá; la primera de las cuales negó por improcedente la acción de tutela y la segunda, la declaró improcedente. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad.

Séptimo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección D, del 16 de junio de 2011, que a su vez confirmó la proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá de Descongestión, el primero de marzo de 2010, la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició José Edmundo Bravo Obando contra la Fiscalía General de la Nación.

En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 0-0002 del cuatro de enero de 2006, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, ORDENAR el reintegro al cargo ocupado por el actor o a otro igual o de superior categoría y ORDENAR pagar , a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Octavo.- REVOCAR , en el expediente T-3.731.572, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de septiembre de 2012, y, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el primero de septiembre de 2011, dentro de la acción de amparo formulada por Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila; la primera de las cuales negó por improcedente la tutela, y la segunda, la declaró improcedente.

En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la estabilidad laboral y a la igualdad. Noveno.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, el 10 de febrero de 2011, que a su vez confirmó la del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila del 15 de diciembre de 2008, la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación y otro .

En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 0-0107 del 22 de enero de 2003, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de la Dirección Seccional de Fiscalías de Neiva, ORDENAR el reintegro al cargo ocupado por el actor o a otro igual o de superior categoría y ORDENAR pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Décimo.- Los reintegros ordenados sólo serán procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hayan sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos, no hayan sido suprimidos o, el servidor desvinculado no haya alcanzado la edad de retiro forzoso; conforme con el apartado 7.8.9. de la parte motiva de la presente sentencia. En tales eventos, solo habrá lugar al pago de la indemnización respectiva.

Once.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Presidente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Con aclaración de voto MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado Con aclaración de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Magistrada LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con aclaración de voto ANDRES MUTIS VANEGAS Secretario General (E) ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARÍA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA SU-054/15 PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEJADOS DE PERCIBIR DURANTE TIEMPO NO LABORADO- Fijación de topes al pago de indemnizaciones no constituyen medidas de protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de los accionantes (Aclaración de voto) Referencia: Expedientes acumulados T-3.691.582, T-3.718.026 y T-3.731.720 3.731.572.

Acciones de tutela instauradas por Myriam Leonor Acosta Melo contra el Tribunal Administrativo del Atlántico; Aida Janeth Cáceres Paredes contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil, el Tribunal Administrativo de Santander y la Fiscalía General de la Nación; José Edmundo Bravo Obando contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección D de la Sección Segunda y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá; y, Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Aunque suscribo esta decisión, aclaro el voto para exponer mi discrepancia con sus fundamentos 7.4.6.2.3 y siguientes de la parte motiva.

Dice esta sentencia que a los empleados en provisionalidad, desvinculados de sus cargos sin motivación, no podría protegérselos judicialmente con órdenes de indemnización por el pago de todos los salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, toda vez que hacerlo “ contraviene […] la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad ” . Por el contrario –sostiene- para garantizar adecuadamente estos derechos de quienes fueron retirados de sus cargos, la indemnización a su favor debe de hecho reducirse.

Como lo expresé en la aclaración de voto que suscribí a la sentencia SU-556 de 2014, de donde proviene ese argumento, no considero que la razón principal, ni tampoco que un argumento accesorio o contribuyente, pueda hacerse consistir en que reducirles la indemnización a los tutelantes sea en realidad una técnica para proteger mejor sus propios derechos.

Discrepo de esa argumentación por tres razones. Primero porque es innecesaria, toda vez que una decisión como la tomada en estos casos se sostiene incluso sin ella. Segundo por ser auto contradictoria, en cuanto reduce el monto de la condena a favor de un individuo que la ha solicitado de forma libre, bajo el pretexto de proteger mejor su libertad y dignidad. Por último es en realidad perjudicial para sus propios destinatarios, y resulta entonces poco convincente presentarla como medida de protección. Tal como está, el argumento recuerda a un espécimen del ‘Manual de zoología fantástica’, de Jorge Luis Borges. La mamá ‘Pelícano’ –similar en el nombre al de la fauna real- besaba y acariciaba amorosamente a sus críos, con el noble objetivo de darles cariño y procurar su bienestar. Pero su cortante pico y sus afiladas garras les producían a las criaturas heridas fatales y finalmente la muerte. Asimismo el fallo del cual disiento,

como la mamá Pelícano en la zoología fantástica, con el justo fin de proteger a los accionantes en su propia dignidad y libertad humanas, acaba recortándoles la indemnización que han solicitado de forma independiente y en ejercicio de su autonomía.

La Corte ha debido abstenerse de reincidir en argumentos como el indicado. Insisto entonces en que en el futuro debería definitivamente abandonarlos.

Fecha ut supra, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA SU-054/15 EXPEDIENTE T-3.691.582 Y ACUMULADOS MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Se desconoció el efecto implícito del reintegro sin solución de continuidad consistente en el pago de salarios y prestaciones dejado de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo (Aclaración de voto) NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE EMPLEADOS EN CARGOS DE PROVISIONALIDAD- Desconocimiento de la competencia de jurisdicción contencioso administrativa (Aclaración de voto) DECLARATORIA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- En actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe acarrear como consecuencia el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir (Aclaración de voto) PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEJADOS DE PERCIBIR DURANTE TIEMPO NO LABORADO- Fijación de topes al pago de indemnizaciones son medidas regresivas en materia de derechos laborales (Aclaración de voto) DERECHOS LABORALES- No pueden ser desconocidos por el criterio de sostenibilidad fiscal (Aclaración de voto) Referencia: expedientes acumulados T-3.691.582, T-3.718.026, T-3.731.720 y 3.731.572.

Acciones de tutela instauradas por Myriam Leonor Acosta Melo contra el Tribunal Administrativo del Atlántico; Aida Janeth Cáceres Paredes contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil, el Tribunal Administrativo de Santander y la Fiscalía General de la Nación; José Edmundo Bravo Obando contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección D de la Sección Segunda y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá; y, Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito aclarar, como ya lo he hecho en asuntos similares, el sentido del fallo adoptado por la Sala Plena dentro del asunto de la referencia.

Debo en primer lugar manifestar que existen razones que me llevan a disentir de algunos aspectos y consideraciones que llevaron a la mayoría de la Sala Plena, a proferir una sentencia que resulta regresiva en materia de derechos laborales humanos, en especial por las siguientes razones:

1. Contenido de la sentencia. Las acciones de tutela de la referencia, fueron instauradas contra providencias judiciales que no declararon la nulidad de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por medio de los cuales fueron retirados del servicio empleados públicos que ocupaban cargos de carrera administrativa en provisionalidad, los cuales fueron proferidos sin motivación alguna.

La decisión objeto de aclaración señaló que la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia SU-556 de 2014, unificó la jurisprudencia relacionada con los efectos de la nulidad del acto de retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, aplicando el criterio según el cual la indemnización reconocida no podrá ser inferior a seis (6) meses [150] ni superior a veinticuatro (24).

Lo anterior, en razón de que el pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro, “ no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre

los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad” .

2. Motivos de la aclaración de Voto. 1. La Sentencia de la referencia desconoce la línea jurisprudencial que la Corte ha venido construyendo de manera progresiva desde el año 1998, la cual venía garantizando, con algunos matices, el reintegro de los empleados y funcionarios públicos que estando ocupando un cargo de carrera en provisionalidad, fueron desvinculados sin que se motivara el acto administrativo. En esa medida se está cambiando el precedente fijado por este Tribunal en lo que respecta a los efectos implícitos que conlleva el reintegro sin solución de continuidad, desconociendo que el mismo conlleva el pago de salarios y demás prestaciones sociales que percibía el trabajador, como si nunca se hubiera interrumpido la relación laboral. Ello quedó plasmado en las sentencias de unificación SU-917 de 2010 y la SU-691 de 2011, entre otras muchas sentencias.

2. De igual manera, la Corte desconoce la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que desde la expedición de la Ley 909 de 2004, viene sosteniendo que la desvinculación de un empleado o funcionario de carrera debe ser motivada, so pena de que opere el reintegro con todas las consecuencias jurídicas que del mismo se desprenden. En este sentido, el Tribunal está mutando el contenido de los efectos de la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales traen como lógica consecuencia el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir por el trabajador, durante el tiempo que estuvo injustamente desvinculado, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada y pacífica del Consejo de Estado en las sentencias 0673/08, 1454/11,2031/11, 2105/11, 2256/11, 0412/12, 1090/12, entre otras y la Corte Suprema de Justicia –Sala Laboral- en la providencia Radicado Núm.

33529, entre otras. 3. La presente sentencia es regresiva en materia de derechos laborales, porque no reconoce la totalidad de las prestaciones sociales y el aporte a la seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró la desvinculación del servidor público, ya que fijó un tope de 6 a 24 meses para el efecto.

4. La posición de este Tribunal pareciera exaltar el principio de sostenibilidad fiscal, como rector absoluto en las decisiones de esta Corte, en detrimento de los derechos humanos laborales; además de trasladar al trabajador la carga desproporcionada de la demora en la resolución de los asuntos contencioso administrativos, que después de varios años de esperar un pronunciamiento judicial a su caso, reciben a cambio una indemnización que no se acompasa con el desgaste físico, emocional y económico al que se han visto expuestos.

5. Considero que con esta determinación se expone al Estado colombiano a un gran número de demandas internacionales, toda vez que al reducirse desproporcionadamente el pago integral de las reclamaciones laborales, se induce a los empleados y funcionarios públicos a reclamar el restablecimiento de sus derechos, ante los organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En los anteriores términos dejo argumentada mi postura, en lo que respecta a los efectos jurídicos que produce el reintegro sin solución de continuidad, cuando un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, es desvinculado del mismo.

Fecha ut supra, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA SU054/15 PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEJADOS DE PERCIBIR DURANTE TIEMPO NO LABORADO- Fijación de topes al pago de indemnizaciones (Aclaración de voto) DERECHO AL JUEZ NATURAL- Fórmula indemnizatoria contenida en Sentencia SU-054/15 desencadena debate probatorio que no es propio de la naturaleza de la acción (Aclaración de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDADES QUE DECLARARON LA INSUBSISTENCIA SIN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Fórmula

indemnizatoria adoptada por Sentencia SU-054/15 genera resultados menos favorables para quienes acudan a la acción de tutela frente a quienes demandan ante lo contencioso (Aclaración de voto) Referencia:

Expedientes acumulados T-3.691.582, T-3.718.026 y T-3.731.720 3.731.572 Acciones de tutela instauradas por Myriam Leonor Acosta Meló contra el Tribunal Administrativo del Atlántico; Aida Janeth Cáceres Paredes contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil, el Tribunal Administrativo de Santander y la Fiscalía General de la Nación; José Edmundo Bravo Obando contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección D de la Sección Segunda y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Bogotá; y, Josué Dimas Gómez Ortiz contra la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Huila.

Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Aclaro el voto, con el debido respeto por las decisiones de la Corte y del Magistrado Ponente. No obstante, me permito disentir de una de las consideraciones de la sentencia en cuestión, pues se reitera la aplicación de una fórmula de indemnización por parte de la Corte Constitucional, equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

En mi parecer, tal fórmula de indemnización introduce al juez de tutela en un debate probatorio que no es propio de la naturaleza de la acción, en tanto este es un asunto que debe ser resuelto por el juez competente, y que en consecuencia, podría además prolongar en el tiempo la materialización del reintegro y la garantía del derecho.

Igualmente, es importante resaltar que la fórmula llega a resultados paradójicos. En efecto, si el servidor público que ha sido despedido de forma discrecional apela a la tutela, tendría un resultado menos favorable que si usa la vía contenciosa y obtiene la nulidad del acto administrativo, pues por esta vía tendría acceso al pago de todas las sumas dejadas de percibir.

En estos términos, dejo consignada la razón por la que aclaré el voto. Fecha ut supra, LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado [1] Expediente No. 08-001-33-31-003-2001-01560-00.

[2] La señora Myriam Leonor Acosta Melo, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Justicia y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. No obstante lo anterior, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla, en la sentencia del 20 de octubre de 2010, declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Consejo Superior de la Judicatura y la de indebida representación por pasiva, propuesta por el Ministerio del Interior y de Justicia. Cuaderno No. 1, folios 64 a 94.

[3] Sentencia del Consejo de Estado del 13 de junio de 1996, Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora. [4] Expediente No. 08-001-23-31-003-2001-01560-01-(2011-00148-01-C).

[5] Para establecer las funciones del cargo de Profesional Especializado de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, el Tribunal Administrativo del Atlántico esgrimió que si bien a folio 35 del expediente reposaba una copia simple de las funciones de tal cargo, dicha copia no señalaba ni fecha, ni el acto administrativo que adoptó tales funciones, por lo que decidió no darle valor probatorio.

Igualmente expuso que a folio 145 del expediente hay copia de la Resolución 0-1099 del 17 de junio de 2002 “Por la cual se adopta el manual de funciones a nivel de cargo para el Staff de la Fiscalía General de la Nación”, la cual también es excluida como prueba por el Tribunal, dado que fue expedida con posterioridad a la fecha en la que fue declarada insubsistente la actora.

Finalmente, expone que a folio 36 del expediente se halla copia simple de las funciones de la Coordinadora de la Regional Norte, unidad ocupada por la actora, pero no se le dio valor probatorio porque no aparece suscrito ni tiene firma de quien lo expide. Cuaderno No. 1, folio 14.

[6] Cuaderno No. 1, folio 46. [7] Cuaderno No. 1, folio 47. [8] Cuaderno No. 1, folio 48. [9] Cuaderno No. 1, folio 49. [10] Cuaderno No. 1, folio 50.

[11] Cuaderno No. 1, folios 51 al 63. [12] Cuaderno No. 1, folios 64 al 85. [13] Cuaderno No. 1, folios 86 al 89. [14] Cuaderno No. 1, folios 90 al 94.

[15] Cuaderno No. 1, folios 95 al 113. [16] Cuaderno No. 1, folios 115 al 139. [17] Cuaderno No. 1, folios 140 al 153. [18] Cuaderno No. 1, folios 154 al 161.

[19] Cuaderno No. 1, folios 162 al 174. [20] Cuaderno No. 1, folio 175. [21] Cuaderno No. 1, folio 177. [22] Cuaderno No. 2, folios 82 al 95. Proceso con radicado no.

2004-1507, ante el Juzgado Único Administrativo del Circuito Judicial de San Gil. [23] Radicado no. 686793331000-2004-01507-01. [24] Se citó la sentencia con radicación 250002325000-20020697501(3934-05), proceso de Martha Wilfer Moreno Alzate, de fecha 19 de octubre de 2006. Cuaderno No. 2, folio 100.

[25] Cuaderno No. 2, folios 29 a36. [26] Cuaderno No. 2, folio 37. [27] Cuaderno No. 2, folio 38. [28] Cuaderno No. 2, folios 39 a40. [29] Cuaderno No. 2, folio 41.

[30] Cuaderno No. 2, folios 42 y 43. [31] Cuaderno No. 2, folios 44 al 66. [32] Cuaderno No. 2, folios 67 al 78. [33] Cuaderno No. 2, folios 80 al 81.

[34] Cuaderno No. 2, folios 82 al 95. [35] Cuaderno No. 2, folios 97 al 102. [36] Cuaderno No. 2, folio 104. [37] Radicado no. 25000-23-25-000-2006-0491301.

[38] Radicado no. 2006-04913. [39] Cita la sentencia del 20 de enero de 2011, dentro del expediente 2007-00242, y la sentencia del 2 de junio de 2011, de la Sección Segunda, Subsección C, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde fue demandante el señor Gonzalo Estupiñán Rojas, quien fuera fiscal delegado ante los jueces del circuito de Cundinamarca y de quien se dispuso su reintegro.

[40] Cuaderno No. 3, folios 18 al 22. [41] Cuaderno No. 3, folios 23 al 37. [42] Cuaderno No. 3, folios 39 al 49. [43] Cuaderno No. 3, folios 51 al 81.

[44] Cuaderno No. 3, folios 82 al 87. [45] Cuaderno No. 3, folios 90 al 101. [46] Cuaderno No. 3, folios 102 al 105. [47] Cuaderno No. 3, folios 106 al 115.

[48] Cuaderno No. 3, folios 116 al 137. [49] Cuaderno No. 3, folios 138 al 148. [50] Cuaderno No. 3, folios 149 al 181. [51] Cuaderno No. 3, folios 162 al 180.

[52] Expediente no. 41001233100020030048000. [53] Expediente no. 41001 23 31 000 2003 00480 01 (0601-2009). [54] Cuaderno No. 4, folio 39. [55] Cuaderno No. 4, folios 40 y 41.

[56] Cuaderno No. 4, folios 42 al 46. [57] Cuaderno No. 4, folios 42 al 46. [58] Cuaderno No. 4, folios 47 al 69. [59] Cuaderno No. 4, folios 71 al 91.

[60] Cuaderno No. 1, folios 223 al 232. [61] Cuaderno No. 1, folios 237 al 248. [62] Cuaderno No. 2, folios 152 al 172. [63] Cuaderno No. 2, folios 192 al 206.

[64] Cuaderno No. 2, folios 226 al 237. [65] Dejó sentando el juez constitucional que se referiría solamente a las respuestas dadas a la tutela por el Juzgado Único Administrativo de San Gil y por el Tribunal Administrativo de

Santander, dado que no había ninguna decisión judicial proferida por la Fiscalía General de la Nación.

[66] Cuaderno No. 3, folios 214 al 224. [67] Cuaderno No. 3, folios 229 al 230. Fue complementada mediante escrito que obra a folios 237 a 238 del mismo cuaderno.

[68] Cuaderno No. 4, folios 164 al 172. [69] Cuaderno No. 4, folios 192 al 213. [70] Cuaderno No. 4, folios 239 al 253. [71] Sentencias T-173 de 1993 y C-590 de 2005.

[72] Sobre el agotamiento de recursos o principio de residualidad y su relación con el principio de subsidiariedad cuando se ejerce la acción de tutela para controvertir un fallo judicial, ver sentencia T-1049 de 2008.

[73] Se refiere a la falta de competencia del funcionario que dicta la sentencia. [74] La Corte ha señalado que se presenta, entre otras razones, "(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplic able, porque a) no es pertinente (T-189 de 2005), b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada (T-205 de 2004), c) es inexistente (T-800 de 2006), d) ha sido declarada contraria a la Constitución (T-522 de 2001), e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, "no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador" (SU-159 de 2002), (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie , dentro del margen de interpretación razonable (T-051 de 2009) o " la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes " (T-462 de 2003), o cuando en una decisión judicial "se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial" (T-066 de 2009), (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes (T-814 de 1999, T-805 y T-815 de 2004), (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva (T-018 de 2008) o contraria a la Constitución (T-086 de 2007), (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza "para un fin no previsto en la disposición" (T-231 de 1994), (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso (T-807 de 2004), (vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto (T-056 de 2005).

Se considera también que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (viii) cuando la actuación no esta justificada en forma suficiente (T-114 de 2002, T- 1285 de 2005) de manera que se vulneran derechos fundamentales (T-086 de 2007);

(ix) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial (T-086 de 2007) o (x) "cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución (SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001;

T-047 de 2005)". [75] El defecto procedimental absoluto se presenta cuando " el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. El defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, o cuando pretermite las etapas propias del juicio, como por ejemplo, omite la notificación de un acto que requiera de esta formalidad según la ley, o cuando pasa por alto realizar el debate probatorio, natural a todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales.

” (Sentencia T-996 de 2003). Ver las sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2002, T-196 de 2006, y T-937 de 2001. [76] “La configuración del defecto fáctico se presenta cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva, cuando el funcionario judicial i) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; ii) cuando excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o cuando iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales”.

(Sentencia T-757 de 2009.). Ver las sentencias T-231 de 1994, T-329 de 1996, SU-477 de 1997, T-267 de 2000, entre otras. [77] También se conoce como vía de hecho por consecuencia, que se presenta cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales (sentencia SU-014 de 2001) . Ver sentencias T-1180 de 2001 y SU-846 de 2000.

[78] Se genera cuando los servidores judiciales incumplen el deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimación de su órbita funcional (Sentencia T-140 de 2012).

Ver T-114 de 2002. [79] Se presenta cuando el juez desconoce la ratio decidendi de un conjunto de sentencias previas al caso que ha de resolver, que por su pertinencia y aplicación al problema jurídico constitucional, deben considerarse necesariamente al momento de dictar sentencia (SU-047 de 1999).

Ver sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999. [80] Cuando el juez adopta una decisión abiertamente contraria a la Constitución (Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001), o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver sentencias T-522 de 2001, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-130 de 2009, T-310 de 2009, T-555 de 2009, entre otras.

[81] Sentencia T-885 de 2012. [82] Sentencia T-1317 del 07 de diciembre de 2001. [83] Cfr. Sentencia T-292 del 06 de abril de 2006. [84] Sentencia T-441 de 2010.

[85] Sentencia T-014 de 2009. [86] Sentencia T-1092 de 2007. [87] Sentencias SU-047 de 1999 y SU-1300 de 2001. [88] Sentencia T-760A de 2011.

[89] Sentencia T-130 de 2009. [90] Al respecto ver las sentencias C-371 de 1999, T-1168 de 2008 y T-824 de 2009. [91] Respecto de la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, pueden consultarse las sentencias C-031 de 1995 y T-081 de 2006.

[92] Sentencia SU-250 de 1998. [93] Sentencia T-857 de 2007. [94] Sentencias SU-250 de 1998, T-800 de 1998, T-951 de 2004, T-054 del 2005, T-1159 del 2005, T-1323 de 2005, T-081de 2006, T-410 de 2007, T-838 del 2007, T-010 de 2008 y T-104 de 2009.

[95] Sentencia T-010 de 2008. [96] Sentencia C-279 de de 2007, citada en la sentencia T-104 de 2009. [97] 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.

[98] Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999. [99] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

[100] "Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (…) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado".

Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652. [101] Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

[102] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras. [103] 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. [104] Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

[105] 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).

[106] 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".

[107] Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras. [108] Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007. [109] 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".

[110] Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración" . Madrid, Civitas, p.1994, p.162 [111] Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

[112] 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.

[113] Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras. [114] 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. [115] "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".

[116] Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. [117] "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".

[118] "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".

[119] "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".

[120] 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.

[121] Sentencia T-760A de 2011. [122] En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003. [123] 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.

[124] Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [125] Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. [126] " Artículo 1º Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador lo prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. De esta situación informará a la Comisión del Servicio Civil correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes, a efectos de que se ejerza la vigilancia a que hay lugar. // Cuando se efectúe un encargo o se produzca un nombramiento provisional en un cargo de carrera, por encontrarse vacante definitivamente o por ser un cargo nuevo, el jefe del organismo deberá convocar a concurso dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento ." [127] " Artículo 1º.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general // Artículo 25.- El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. // Artículo 53.- El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: // Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. // El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

// Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. // La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores." [128] La Corte ha señalado al respecto reiteradamente que "no puede impedirse el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, ni la consecución de las finalidades sociales del Estado, y por ende la primacía de los derechos e intereses generales, so pena de hacer prevalecer los derechos individuales; igualmente, tampoco existen derechos absolutos, en la medida en que todos están supeditados a la prevalencia del interés colectivo."(...)" Sentencia T1020/99 M.P Vladimiro Naranjo Mesa. Antonio Barrera Carbonell En el mismo sentido ver entre otras las Sentencias SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-069/01 y C-313/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-107/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-916/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-717/03 M.P.

Jaime Córdoba Triviño, C-870/03 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-043/03 y C-314/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [129] Sentencias T-009/93 y T-579/95, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-657/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-611/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-1064/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

[130] C-100 de 2005. [131] C-580 de 2006. [132] C.169 de 1993. [133] Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg, 117.

[134] Queda abierta la posibilidad para la cuantificación de un eventual perjuicio moral. [135] "Artículo 44. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o

fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. // PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. // No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas. // Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

// PARÁGRAFO 2o. La tabla de indemnizaciones será la siguiente: // 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.

// 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

// 3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // 4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // PARÁGRAFO 3o. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.” [136] De manera concreta el cuadro No. 10 (página 25) compara cómo ha variado el promedio –en meses- de la duración del desempleo desde el año 2003 hasta el 2012 en los siguientes países: Canadá, Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Turquía, Japón, España, Sur África y Grecia.

[137] De acuerdo con el estudio Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery? , se entiende por desempleo de larga duración, aquél que supera los 12 meses, mientras que el desempleo de corta y mediada duración es aquél que se extiende entre 3 y 6 meses, y en todo caso es menor de 12 meses.

[138] Este documento fue elaborado por profesores Carlos Augusto Viáfara L, y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

[139] Véase página 16 del estudio Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

[140] Véase página 17 del estudio Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

[141] Sentencia SU-691 de 2011. [142] Sobre el tema se pueden consultar, 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, SU-917 de 2010 y SU-691 de 2011.

[143] Sentencia T-656 de 2011. [144] SU-691 de 2011. [145] Sentencia Ibídem. [146] SU-917 de 2010. [147] Cuaderno No. 1, folio 114. [148] Cuaderno No. 2, folio 103.

[149] Cuaderno no. 3, folio 104. [150] Artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU054-15.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.