COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/102/12

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/102/12
Expediente	T-3.163.131
Fecha	2007-10-17
Sala	Sala de
Magistrado ponente	MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO CONSIDERANDO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Deber De Motivacion De Actos De Retiro De Servidores Publicos Nombrados En Provisionalidad En Cargos De Carrera
- Madre Cabeza De Familia Como Sujeto De Especial Proteccion Constitucional
- Regimen Especial De Carrera De La Fiscalia General De La Nacion

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La necesidad de motivar los actos administrativos de insubsistencia, y la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las providencias que sostienen la posición contraria, o de ordenar directamente al nominador la

Texto completo

T-102-12 SENTENCIA T-138/10 NOTA DE RELATORIA: Mediante auto 102 de fecha 11 de abril de 2014, se corrige el error incurrido en el numeral 7.1. de la parte motiva de la sentencia T-102/12, relacionado con la clase de mecanismo de protección de tutela concedido. En este sentido se sustituye el término “definitivo ” por “transitorio” .

Sentencia T-102/12 (Febrero 20, Bogotá DC) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN PRECEDENTE JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR FALTA DE MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Procedencia DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA- Reiteración de jurisprudencia La necesidad de motivar los actos administrativos de insubsistencia, y la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las providencias que sostienen la posición contraria, o de ordenar directamente al nominador la motivación del acto, se fundamenta en una sólida y uniforme línea jurisprudencial que la Corte ha establecido de tiempo atrás. En el marco del Estado Social de Derecho y en virtud del principio de publicidad consagrado en la Constitución, se requiere que los actos administrativos de esta naturaleza sean motivados para poder ejercer el control jurídico de los mismos y establecer si se ajustan al orden normativo evitando eventuales arbitrariedades por parte de la Administración MADRE CABEZA DE FAMILIA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL- Reiteración de jurisprudencia La Corte ha reiterado que más allá de las normas legales que existan en la materia, la protección especial a la mujer cabeza de familia se deriva directamente de la Constitución, de los artículos 5, 13, 43, y 44, y genera una obligación en cabeza del Estado el cual debe garantizar

sus derechos y apoyarlas teniendo en cuenta la situación en la que se encuentran. Adicionalmente, se ha considerado que el deber del Estado de brindar protección a las madres cabeza de familia, como sujetos que se encuentran en un estado de indefensión y vulnerabilidad, se extiende al amparo de la familia, de los niños y de las personas de la tercera edad, según como esté integrado cada núcleo familiar. Lo anterior, ha llevado a la Corte a sostener que " las medidas que protegen a la mujer cabeza de familia no se proyectan sobre sí misma, sino que deben asumirse como extendidas al núcleo familiar que de ella dependa, el cual se supone compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION- Deber de motivar actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad Referencia:

Expedientes acumulados T-3.163.131, T-3.174.726 y T-3.220.610 Accionantes: Claudia Fernanda Barreto Vásquez, Carlos Alberto Gómez Pareja, Claudia Liliana Palomino Rojas, respectivamente.

Accionados: Expediente T-3.163.131: Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Seccional de Administración de Justicia de Santa Marta;

Expediente T-3.174.726: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali; Expediente T-3.220.610:

Gobernación de Santander Derechos fundamentales invocados: debido proceso, igualdad, trabajo, seguridad social, derecho a la vida, mínimo vital, subsistencia digna y justa, honra, buen nombre, unidad familiar, protección especial de madre cabeza de familia, educación de los menores.

Conducta que causa la vulneración: Declaración de insubsistencia a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera Pretensiones:

Expediente T-3.163.131: (i) Que se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, suspendiendo provisionalmente la Resolución proferida por el Director Ejecutivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Martha por medio de la cual se declaró insubsistente sin motivación su nombramiento en provisionalidad, designando en provisionalidad a su reemplazo; (ii) Que como consecuencia de lo anterior, se ordene en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, al restablecimiento de los derechos conculcados;

Expediente T-3.174.726: (i) Tutelar y amparar el derecho al debido proceso; (ii) Dejar sin efecto las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali y la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Fiscalía General de la Nación; (iii) Ordenar al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación del fallo, se profiera una nueva decisión sobre la demanda presentada por el accionante acorde con la jurisprudencia constitucional en la materia;

Expediente T-3.220.610: Se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y se ordene el reintegro a la entidad, más el reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir, incluidos los aportes a la seguridad social, mientras la accionante accede a un nuevo empleo.

Fallos de tutela objeto revisión: Expediente T-3.163.131: Sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A" del 16 de junio de 2011 que revocó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena del 15 de marzo de 2011;

Expediente T-3.174.726: Sentencia de única instancia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del 7 de julio de 2011;

Expediente T-3.220.610: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Familia, Laboral de San Gil del 25 de agosto de 2011 que revocó la sentencia de primera instancia proferida el 3 de agosto de 2011 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Socorro Magistrados de la Sala Segunda de Revisión:

Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. I. ANTECEDENTES 1.

Fundamentos de las demandas de tutela 1.1. Expediente T- 3.163.131 [1] - La accionante señala que fue vinculada, en condición de provisional, al cargo de auxiliar administrativo grado III de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta el 17 de octubre de 2007.

- En los años siguientes, se renovó el nombramiento y posesión de la accionante en el mismo cargo en la Dirección Seccional a través de las Resoluciones número 000860 del 20 de junio de 2008, 000876 del 1º de julio de 2008 y 1101 del 7 de septiembre de 2009.

- Mediante resolución número 015 del 6 de enero de 2011, el señor Héctor Van Strahlen Bustamante en su calidad de Director Ejecutivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, declaró insubsistente a la accionante sin motivación, sin que su cargo hubiese sido ofertado en concurso público abierto y sin que existiera lista de elegibles, siendo designada en su lugar otra persona en provisionalidad.

-Agrega la accionante, que como fruto de la unión marital de hecho con el señor Alexander Rovira Arias, nació la menor Gloria Elena Rovira Barreto quien, desde los primeros meses de vida, ha estado bajo el cuidado de la señora Barreto que es madre soltera y cabeza de familia, ya que el padre de la menor no aporta económicamente al sustento de su hija.

-Indica la accionante que además de la manutención de su hija, y el pago del arriendo de su vivienda y de los servicios públicos domiciliarios, tiene una serie de obligaciones crediticias, siendo el salario su única fuente de ingreso.

-Igualmente, la accionante anota que en un caso similar al suyo, el Consejo de Estado amparó los derechos de una mujer cabeza da familia que trabajaba en la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y que fue declarada insubsistente.

1.2. Expediente T-3.174.726 [2] -El señor Gómez Pareja fue incorporado a Instrucción Criminal el 26 de junio de 1990, como Agente Investigador Grado 06 y luego de acceder al curso de investigador, fue ascendido primero como agente investigador grado 11 y luego nombrado como investigador judicial I. Su vinculación se hizo en condición de provisionalidad.

-El accionante manifiesta que mediante la Resolución número 0-5171 del 29 de octubre de 2004, fue declarado insubsistente sin motivación, por parte de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de investigador judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali, cargo que ocupaba en provisionalidad.

-A raíz lo anterior, el accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación- Fiscalía General de la Nación, correspondiéndole en primera instancia al Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cali el cual, mediante providencia del 11 de julio de 2008, negó las pretensiones de la misma, considerando que el acto acusado se ajustaba a derecho.

-El fallo de primera instancia fue apelado ante el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca que en decisión del 8 de julio de 2010, confirmó el fallo de primera instancia argumentando que los nombramientos en provisionalidad no requieren motivación.

-El peticionario considera que las decisiones proferidas en primera y segunda instancia por el Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cali y por el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca, desconocen la jurisprudencia constitucional en

esta materia, y vulneran su derecho fundamental al debido proceso, configurándose una causal de procedencia de la tutela contra providencias judiciales por desconocimiento de la aplicación del precedente jurisprudencial.

1.3 Expediente T-3.220.610 [3] -La accionante se vinculó al Instituto Técnico Industrial del Municipio del Socorro desde el 10 de marzo de 2010, en el cargo de Auxiliar Administrativo nivel asistencial, código 407 grado 15 con funciones de biblioteca.

-Señala que como resultado de la Convocatoria 001 de 2005, en el Departamento de Santander, a través de la Comisión del Servicio Civil, el día 13 de mayo de 2011, se le notificó declaratoria de insubsistencia mediante resolución 7075, nombrando en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa a Sandra Cecilia Acosta Sánchez.

-Con el fin de ingresar a la carrera administrativa, la accionante participó dentro de la Convocatoria señalada, pero por inconvenientes y dudas al momento de la inscripción, se postuló para el empleo 29732, grado 15, denominado Auxiliar Administrativo, dependencia Planta Central Gobernación de Santander, sin embargo sostiene que hasta la fecha, la Comisión del Servicio Civil no le ha enviado ninguna comunicación. En declaración recibida ante la Jueza Segunda Promiscua de Familia del Socorro, que conoció del caso en primera instancia, la accionante aclaró que la Comisión Nacional de Servicio Civil cometió un error porque le comunicó que las pruebas 139 y 142 eran iguales, generando confusión en quienes participaron en la convocatoria ya que en realidad la prueba 142 era para secretaria y la 139 para auxiliar, por lo que la accionante se inscribió en la 142 y luego se dio cuenta de que debía aplicar a la 139.

-El 6 de agosto de 2006, la accionante había radicado en la Gobernación de Santander los documentos en los cuales consta que es madre cabeza de familia.

-Manifiesta la accionante que el empleo constituía el único sustento para cubrir los gastos de sus hijos menores de edad de 7 y 8 años, y para responder a las deudas adquiridas, especialmente con el Fondo Nacional del Ahorro.

2. Respuesta de los accionados. 2.1 Expediente T- 3.163.131 2.1.1. Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta A través de apoderado, la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, sostiene que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia relativa a los empleados que ocupen en provisionalidad cargos de carrera, ha establecido que a los mismos no les asiste ningún fuero de estabilidad de modo que el empleador puede válidamente disponer su retiro mediante acto administrativo.

Agrega que el ejercicio de dicha facultad discrecional, no puede estar supeditado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, “so pena de desnaturalizar la esencia de la misma, en la medida en que se exige el cumplimiento de una condición no prevista por el propio legislador” [4] .

Adicionalmente, se señala que mediante Acuerdo No. 179 del 8 de septiembre de 2009, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Magdalena, se convocó a concurso de méritos para confirmar un registro seccional de elegibles para los cargos de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena y la Dirección Seccional de Administración Judicial del Distrito Judicial se Santa Marta. Entre dichos cargos, cuyas pruebas de aptitud se realizaron el 7 de noviembre de 2007, se encuentra el que ostentaba la accionante, de lo cual se deduce que la administración ya adelantó el proceso selectivo para proveer los cargos de carrera de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y se encuentra a la espera de que el Consejo Superior e la Judicatura emita la lista de elegibles para los cargos de carrera de esta entidad. Agrega la entidad demandada, que la Resolución No. 015 del 6 de enero de 2011 por la cual se declaró insubsistente a la accionante, sí fue motivada por razones de mejora del servicio, por lo cual no contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional ni del Consejo de Estado en esta materia.

En relación con la condición de madre cabeza de familia que alega la accionante, la entidad accionada considera que dicha condición se fundamenta en dos declaraciones extrajuicio realizadas el 12 y 25 de enero de 2011, por lo que tanto a

la sala Administrativa de Consejo Superior de la Judicatura como a la Dirección Seccional, les era imposible conocer dicha situación, porque la señora Barreto nunca la acreditó ante la entidad demandada. Adicionalmente, considera la accionada que no se aportó ninguna prueba que acreditara si la accionante hizo uso de las vías judiciales para obligar al padre de la menor a pagar la respectiva cuota alimentaria. Concluye la accionada que "no se puede pretender que la vinculación de una madre a un cargo en provisionalidad, genere una estabilidad que solo pueden ostentar las personas nombradas en carrera administrativa, pues de lo contrario no sería necesario agotar los procesos de selección para acceder a un cargo de carrera, sino ser nombrado en un cargo de carrera en provisionalidad y el único requisito para determinar la estabilidad sería tener un hijo menor de edad o discapacitado". Por último, la entidad accionada pone de presente que mediante auto de fecha 28 de octubre de 2010, se ordenó abrir indagación preliminar en contra de la accionante como resultado de unas irregularidades ocurridas en su puesto de trabajo, constatadas luego de un proceso de auditoría el 6 de agosto de 2010.

2.1.2. Respuesta de la Directora División Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura La Directora de la División Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se pronuncia sobre la tutela de referencia a nombre de la Nación-Rama Judicial. Al respecto considera que la tutela debe ser declarada improcedente ya que, según reiterada jurisprudencia constitucional, por regla general éste recurso no procede para obtener el reintegro al cargo, siendo la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, el mecanismo procesal adecuado en estos casos. Si bien eventualmente cabe la posibilidad de interponer la tutela para evitar un perjuicio irremediable, éste debe estar "absolutamente acreditado" y debe ser consecuencia directa de la actuación de la entidad demandada, situación que no se presenta en este caso. En ese orden de ideas, se considera que la accionante estaba en el deber de acudir en primer lugar a la jurisdicción contencioso administrativa, y solicitar, como medida provisional, la suspensión de los efectos de los actos administrativos considerados ilegales. Sin embargo, según la accionada, la peticionaria pretende utilizar éste recurso constitucional "como mecanismo principal y definitivo" desconociendo el carácter subsidiario de la acción de tutela. Sostiene la entidad accionada que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno. Se agrega que "la designación en provisionalidad, sin importar el tiempo de duración, no origina derecho alguno" y que la estabilidad de la que goza es relativa porque no imposibilita a la autoridad nominadora a determinar la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera cuando se presente una situación "superior a su voluntad" como lo es en este caso, el concurso de méritos que se adelantó a través del Acuerdo Número 179 del 8 de septiembre de 2009, expedido por la sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena y cuyas pruebas de aptitud se realizaron el 7 de noviembre de 2010. Con respecto a la condición de madre cabeza de familia, se considera que la accionante nunca envió soportes para actualizar esa información, siendo ésta su responsabilidad exclusiva. Tampoco se probó que el padre de la hija menor de la accionante no aportara económicamente para su manutención por lo que no se acredita la vulneración del mínimo vital. Con respecto a la eventual vulneración del derecho a la salud de la accionante y de su hija menor de edad, se argumenta que en el evento de no contar con los recursos para seguir cotizando como independiente al sistema de salud, la persona puede acudir al régimen subsidiado. Tampoco considera la demandada que se haya desconocido el derecho a la igualdad por cuanto el cargo que ostentaba la accionante goza de una estabilidad intermedia, y porque en este caso el nominador motivó el acto de desvinculación, teniendo en cuenta el mejoramiento del servicio para lograr el cumplimiento de los fines del Estado.

2.1.3. Respuesta de Rosmery Díaz Granados Visbal, como tercera interesada La señora Rosmery Díaz Granados Visual se pronunció en relación a la acción de tutela de la referencia luego de haber sido vinculada al proceso por el Tribunal Administrativo d Magdalena. Dice haberse posesionado en el cargo de Auxiliar Administrativa grado III el 11 de enero de 2011 mediante resolución número 015 del 6 de enero de 2011 de la Dirección Seccional de Administración Judicial. Considera contar con la experiencia y las capacidades necesarias para desempeñar el cargo, además señala que ha

cursado cuatro semestres de Administración de Empresas. Cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la separación del cargo de empleados en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción y señala que la Resolución número 015 del 6 de enero de 2011 fue motivada. Argumenta que, contra dicha resolución, la accionante podía interponer el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho que es el mecanismo idóneo en éstos casos. Adicionalmente, considera que las pretensiones de la accionante lesionarían gravemente sus derechos constitucionales y los de sus hijos menores de 5 y 12 años. Con relación a la condición de madre de familia de la accionante, la señora Díaz Granados considera que dicha condición no fue informada a la Administración de Justicia, antes de que la declararan insubsistente.

2.2 Expediente T-3.174.726 2.2.1. Respuesta de la Jueza Cuarta Administrativa del Circuito de Cali La Jueza Cuarta Administrativa del Circuito de Cali mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2010, manifiesta que en el caso concreto, el fallo proferido tuvo en cuenta todos los fundamentos legales y jurídicos necesarios, y no fue resultado de una valoración subjetiva o caprichosa. Argumenta que en este caso la acción de tutela no es procedente como mecanismo de protección alternativo, “a riesgo de hacer nugatorias las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de ésta última, violando igualmente los principios de seguridad jurídica y autonomía funcional de los Jueces de la República” [5] .

2.2.2. Respuesta del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca El Tribunal Contencioso del Valle del Cauca presenta escrito el 3 de diciembre de 2010 en el que relaciona el trámite dado por la Corporación en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Gómez Pareja, añadiendo que la Magistrada Adriana Bernal se posesionó en fecha posterior a la notificación del fallo.

2.2.3. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación como tercero interesado A través de su Oficina Jurídica, la Fiscalía General de la Nación presenta respuesta a la acción de tutela de la referencia, como tercero interesado que puede verse afectado con la decisión. Citando la jurisprudencia constitucional, considera que debe respetarse la autonomía de los jueces y sus interpretaciones basadas en determinados criterios jurídicos. En este sentido, el Consejo de Estado ha considerado de manera reiterada que no procede la estabilidad laboral frente a la desvinculación de personas que ocupen en provisionalidad cargos de carrera, por lo que su retiro puede hacerse sin motivación. Por lo anterior, se concluye que las sentencias de la jurisdicción ordinaria que decidieron sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no están incursas en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.3. Expediente T-3.220.610 2.3.1. Respuesta de la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal de la Gobernación de Santander La Coordinadora del Grupo de Administración de Personal de la Gobernación de Santander presenta escrito de respuesta a la acción de tutela instaurada por la señora Palomino Rojas el 14 de junio de 2011. En dicho escrito, cita el artículo 125 y 130 superior que establece que los empleos de los órganos de entidades del Estado son de carrera y que la Comisión Nacional del Servicio Civil es responsable de la administración y vigilancia de las carrereas de los servidores públicos. Acto seguido, reivindica la legalidad del acto administrativo por medio del cual se realiza nombramiento en provisionalidad en periodo de prueba, dentro de la carrera administrativa, a la señora Sandra Cecilia Acosta Sánchez quien remplaza en el cargo a la accionante, tal y como resultó proceso de concurso que cumplió con todos los requisitos previstos en la normativa referida a esta materia, y en cumplimiento de lo ordenado por la Procuraduría General de la Nación y por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Recuerda que según jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, no existe para los funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, fuero de estabilidad como el que corresponde a quienes están debidamente inscritos en la misma. Recuerda que la reglamentación del retén social que protege a las madres cabeza de familia, es un proyecto de ley que se encuentra todavía en trámite en el Congreso de la República. Agrega que teniendo en cuenta que el concurso de méritos

es de libre concurrencia e igualdad de condiciones para todos los aspirantes, la accionante libremente escogió un cargo perteneciente a la planta global de cargos de la Gobernación de Santander denominado “auxiliar administrativo 407-15” señalado con el número 29732 ofertado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la etapa 2 grupo 1 de la Convocatoria 001 de 2005 y por medio de la Resolución número 3019 del 10 de junio de 2011 se conformó lista de elegibles para proveer este empleo vacante, quedando como primera elegible la señora Herminda García Ramírez, mientras que la accionante ocupó el tercer lugar, por lo cual no le asiste derecho a ser nombrada en dicho empleo.

3. Decisiones de tutela objeto de revisión. 3.1. Expediente T- 3.163.131 3.1. Sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena El 15 de marzo de 2011 el Tribunal Administrativo de Magdalena dicta sentencia de primera instancia tutelando transitoriamente los derechos fundamentales de la accionante y ordenando al Director de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, reintegrara de inmediato y sin solución de continuidad a la señora Claudia Fernanda Barreto Vásquez, pagando todos los dineros dejados de percibir en ocasión a la declaratoria de insubsistencia efectuada el 6 de enero de 2011 mediante Resolución 015. Después de revisar la jurisprudencia en materia de estabilidad de los funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera, de analizar la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro a un cargo público y luego de estudiar el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en condición de debilidad manifiesta, y específicamente, la situación de las madres cabeza de familia, el Tribunal concluye que las afirmaciones hechas por la accionante en relación a su situación de madre cabeza de familia que enfrenta un perjuicio irremediable como consecuencia de la decisión tomada por la Dirección Seccional, son ciertas. Además encuentra probado que la decisión que motivó a la entidad accionada a proferir la Resolución 015 del 6 de enero de 2011, no fue adoptada para mejorar el servicio ya que, si bien se convocó a concurso de méritos al cargo que ostentaba la peticionaria, hasta la fecha no se ha designado ningún candidato en propiedad.

Adicionalmente se constata que el acto de insubsistencia carece de motivación porque el cargo de Asistente Auxiliar Administrativo Grado III, no requiere de amplios conocimientos profesionales específicos, y la accionante cumplía con los mismos y los había desempeñado satisfactoriamente hasta la fecha. En consecuencia, las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la desvinculación, no tienen, a juicio del Tribunal, correspondencia con la decisión que se adoptó configurándose un “vicio de falsa motivación que afecta su validez”. En ese sentido, la Dirección de Administración Judicial, podía utilizar otro tipo de mecanismos diferentes a la insubsistencia como ordenar la suspensión provisional, o efectuar un traslado, o esperar los resultados de la investigación preliminar que se adelanta en contra de la accionante y que debe ventilarse en el respectivo proceso disciplinario, pero no declararla insubsistente máxime tratándose de un sujeto de especial protección, en su condición de madre cabeza de familia que deriva su sustento del sueldo que percibe. Por lo anterior, la Sala considera que la desvinculación y posterior reemplazo de la accionante afectó su derecho al debido proceso restringiendo su derecho a la defensa y atribuyéndole responsabilidad en los hechos que se investigan, desvirtuando de esta manera el principio de inocencia.

3.1.2 Sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “A” El 16 de junio de 2011 el Consejo de Estado revoca la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena del 15 de marzo de 2011 por considerarla improcedente. Como fundamento de su decisión, el Alto Tribunal realiza un análisis de las pruebas aportadas al expediente concluyendo que la accionante no logró demostrar la ausencia permanente de su pareja, ni la sustracción de ésta del incumplimiento de sus obligaciones como padre. Asimismo el Consejo de Estado considera que no se acreditó haber puesto en conocimiento de la entidad empleadora la condición de madre cabeza de familia mediante “una manifestación clara, directa y oportuna” para que la entidad tomara las medidas pertinentes. Agrega que la accionante es una mujer joven de 32 años de edad, activa en el mercado laboral, que además de ser bachiller posee estudios superiores, lo que permite inferir que puede desempeñarse

en otras actividades laborales. Además el cargo que ostentaba como provisional no le otorga fuero de estabilidad. De la misma forma, considera que el caso semejante fallado por el Consejo de Estado que la accionante pone de presente en la tutela, no se asemeja al de la peticionaria, en cuanto la condición de madre cabeza de familia de la accionante en ese caso particular, sí fue comunicada a la accionada antes de su desvinculación. El Consejo de Estado considera que si bien es reconocido el amparo especial a las madres cabeza de familia, esto no implica una protección de estabilidad laboral directa y absoluta, ni supone un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a la permanencia en el tiempo de cierto empleo. Por lo anterior, el Alto Tribunal considera que "una vez establecido que la accionante no es sujeto de especial protección según la Carta Superior, pues no demuestra su condición de madre cabeza de hogar" [6] , y teniendo en cuenta que no se acreditó un perjuicio irremediable, la tutela es improcedente, existiendo otros mecanismos de defensa de sus derechos en la jurisdicción ordinaria.

3.2. Expediente T- 3.174.726 3.2.1. Sentencia de única instancia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta negó las pretensiones del accionante considerando que la posición unificada de la jurisprudencia constitucional respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, no se ha dado en el Consejo de Estado en la medida en que la Sección Quinta de este Alto Tribunal sigue considerando que la acción de tutela contra providencias judiciales es improcedente sin excepción. Para la Sección Cuarta, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente contra providencias judiciales, excluyendo las de las Altas Cortes, por considerar que cuando estos órganos judiciales se pronuncian, ponen fin a un procedimiento en el que las partes han contado con todos los medios legales para hacer valer sus derechos, por lo que en razón de la seguridad y estabilidad jurídicas ameritan definiciones que al más alto nivel pongan fin a las controversias planteadas. En el presente caso, el Consejo de Estado concluye que el Tribunal Administrativo del Valle y el Juzgado Cuarto Administrativo de Cali no violaron el debido proceso por desconocer el precedente jurisprudencial en la materia, por cuando los despachos judiciales accionados aplicaron la posición del Consejo de Estado en el sentido de que los funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden ser desvinculados sin que sea necesario motivar la decisión.

3.3 Expediente T-3.220.610 3.3.1 Sentencia de primera instancia del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Socorro El 3 de agosto de 2011, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Socorro se pronuncia profiere fallo de tutela amparando los derechos fundamentales invocados por la accionante, ordenando a la Gobernación de Santander como mecanismo transitorio, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo reintegre a la señora Palomino Rojas al cargo que venía desempeñando o en otro de igual o superior jerarquía en provisionalidad indefinida. Estima el a quo que, si bien en este tipo de situaciones la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituye el mecanismo adecuado para atacar el acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionarios que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, en este caso es preciso atender a las particulares circunstancias de la accionante, quien tal y como quedó probado en el proceso, tiene la condición de madre cabeza de familia. Las mujeres en estas circunstancias están amparadas por la Constitución Política quien en su artículo 43 dispone su protección especial, y por otras normas del ordenamiento jurídico colombiano como la Ley 82 de 1993 y la Ley 790 de 2002. En este orden de ideas, si bien la Gobernación de Santander en el marco de sus funciones cumplió con lo establecido en la lista de elegibles contenidas en los actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, también podía la accionada dentro de sus atribuciones, tener en cuenta casos especiales como los de la señora Palomino Rojas e "informar el perjuicio que la declaratoria de insubsistencia laboral le acarrea a esta madre cabeza de familia que llevaba más de 10 años en el cargo, sin que se diga que lo ha ejercido en forma deficiente o se tenga queja alguna, y sí que por una inconsistencia, equivocación o error en la misma convocatoria haya quedado sin trabajo, cuando cumplió con los parámetros dados para el concurso y que por responsabilidad atribuible a la misma convocatoria concursó para otro que no era el cargo del que era titular en provisionalidad (…)" [7] .

3.3.2 Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil Familia Laboral de San Gil El 25 de agosto de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil Familia Laboral de San Gil profiere sentencia de segunda instancia revocando la sentencia de primera instancia que amparaba los derechos de la accionante.

Según Tribunal es claro que a través de la acción de tutela la señora Palomino Rojas pretende obtener la revocatoria de la resolución por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado el nombramiento provisional de la accionante, declarándola insubsistente de manera automática una vez el nombrado en propiedad tome posesión del empleo. Se afirma que los actos administrativos deben ser atacados a través de los recursos correspondientes. En este orden de ideas, en este caso la peticionaria debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en la que se puede adelantar un amplio debate probatorio en torno a los reproches formulados por la accionante. La tutela no procede porque por su carácter supletorio y alternativo y porque, en el caso concreto, no se evidencia ningún perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES. 1. Competencia. La Sala es competente para la revisión de los presentes casos, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 13 de octubre de 2011 de la Sala de Selección de Tutelas Número Díez de la Corte Constitucional.

2. Problema jurídico En esta ocasión, le corresponde a la Sala de Revisión resolver si es necesario motivar los actos de insubsistencia de funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y si, en caso de no hacerlo, se vulneran los derechos al debido proceso, la igualdad, el trabajo, la seguridad social, el derecho a la vida, el mínimo vital, la subsistencia digna y justa, la honra, el buen nombre, y en caso de las madres cabeza de familia, los derechos a la unidad familiar, protección especial de madre cabeza de familia y a la educación de los menores. También será necesario establecer si se produce una vulneración de los derechos de una madre cabeza de familia que ocupa un cargo en provisionalidad, si es desvinculada mediante un acto de insubsistencia motivado por el nombramiento de un funcionario de carrera, aún cuando la accionante había participado en el concurso de méritos, pero por un error que aparentemente no le es atribuible, se inscribió en la convocatoria equivocada.

Para responder a los problemas planteados, se analizarán los siguientes temas: (i) La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que desconocen el precedente de la jurisprudencia constitucional en materia de despido sin motivación, y cuando se dirige directamente contra las entidades que expiden dichos actos para solicitar el reintegro de los funcionarios en provisionalidad; (ii) El deber de motivación de las insubsistencias de funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera. Reiteración de jurisprudencia; (iii) Las madres cabeza de familia como sujetos de especial protección constitucional; (vi) El régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación; (v) Análisis de los casos concretos.

3. Procedencia de la acción de tutela en materia de desvinculación de funcionarios en provisionalidad 3.1. Los casos que se analizarán a continuación tienen en común el despido sin motivación de funcionarios que ocupaban en provisionalidad cargos de carrera. No obstante lo anterior, los expedientes T- 3.163.131 y T -3.220.610 son acciones de tutela que se dirigen directamente contra las entidades que desvincularon a las accionantes, las cuales además comparten la condición de madres cabeza de familia. Por otro lado, el expediente T-3.174.726 se refiere a una tutela contra las providencias judiciales que negaron la nulidad del acto de insubsistencia de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación. Debido a las diferencias entre los casos, se hace necesario reiterar la jurisprudencia de la Corte en éstos dos tipos de situaciones.

3.2. En reiterada jurisprudencia [8] , la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales a pesar del carácter subsidiario de la misma, cuando está de por medio la amenaza o

vulneración de derechos fundamentales [9] y asimismo ha venido afinando en sucesivas sentencias los criterios de procedibilidad de la tutela en estos casos.

La sentencia C-590 de 2005, recogiendo la jurisprudencia constitucional en esta materia estableció, además de los requisitos genéricos [10] y concurrentes que deben ser verificados en su conjunto para estudiar el fondo del asunto, una serie de requisitos específicos cuyo fin es determinar la prosperidad de la acción.

Se estableció de esta manera que la acción de tutela contra providencias judiciales, procede excepcionalmente si se cumplen los siguientes requisitos generales:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones [11] . En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable [12] . De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración [13] .

De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora [14] .

No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible [15] . Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela [16] . Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas” [17] .

En cuanto a los requisitos específicos o causales especiales de procedibilidad, la sentencia C-590 de 2005 determinó que es necesario demostrar al menos uno de los siguientes vicios o defectos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [18] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [19] .

i. Violación directa de la Constitución” [20] . 3.3. Con respecto al requisito específico de desconocimiento del precedente, la sentencia T-838 de 2007 precisó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede ser desconocida de cuatro formas: “(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.” De lo anterior se desprende que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiterada en esta materia desde 1992 hasta sus más recientes fallos, establece la procedencia de la acción de tutela contra providencias en casos excepcionales y considera contrario a la Carta que se excluya de manera general y absoluta la instauración de este amparo incluso contra las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado [21] .

3.4. Ahora bien, en el caso concreto se verifican las causales generales y algunas de las causales específicas descritas anteriormente. 3.4.1.

En primer lugar, se trata de una cuestión de evidente relevancia constitucional. Efectivamente, en diferentes sentencias la Corte Constitucional ha analizado el tema de la necesidad de motivación de los actos administrativos en virtud de principios de rango constitucional como el de publicidad, el debido proceso administrativo, el derecho de defensa y el derecho a la igualdad.

En segundo lugar, es claro que en el presente caso se han agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a disposición del actor. En efecto, éste interpuso la tutela contra un fallo de segunda instancia en el marco del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho que confirmó el fallo de primera instancia en contra de las pretensiones del actor.

Con relación al requisito de inmediatez, es claro que en el presente caso se cumple, ya que la tutela fue interpuesta el 22 de noviembre de 2010 es decir poco más de 4 meses después de que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle

del Cauca se pronunciara en segunda instancia sobre el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el actor contra la Fiscalía General de la Nación que lo declaró insubsistente sin motivación.

De otro lado, el presente caso no tiene que ver con una irregularidad procesal por lo que no es un punto que debe ser probado por el accionante.

También se evidencia que la parte actora ha identificado de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados habiendo alegado tal vulneración en el proceso judicial.

Finalmente, resulta probado que la sentencia contra la que se dirige la acción de tutela, es una sentencia emitida en el marco del proceso contencioso administrativo y no en un fallo de tutela.

3.4.2. En cuanto a los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela, encuentra la Sala que la sentencia atacada desconoce un claro, reiterado y sólido precedente constitucional porque restringe el alcance que la Corte ha dado, en múltiples casos resolviendo problemas similares, a los derechos constitucionales fundamentales invocados por el accionante. Ese desconocimiento será explicado en detalle más adelante.

De lo anterior se desprende que en el caso objeto de estudio se verifican los requisitos generales y un requisito específico de procedibilidad excepcional de la tutela contra providencias judiciales por lo cual a continuación se pasará a analizar el fondo del asunto.

4. Procedencia de la acción de tutela contra los actos de desvinculación en provisionalidad sin motivación y deber de motivación de insubsistencias.

4.1. En reiterada jurisprudencia, la Corte ha reconocido que en principio la acción de nulidad y restablecimiento del derecho representa el mecanismo adecuado para controvertir los actos de insubsistencia sin motivación de funcionarios provisionales. Sin embargo, ha sostenido que la existencia de otro recurso no supone automáticamente la improcedencia de la tutela cuando las acciones disponibles no representan una protección efectiva para los afectados. La posibilidad de hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no excluye el ejercicio de la acción de tutela.

Adicionalmente, se ha considerado que la discrepancia entre las posiciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se traducen en un detrimento patrimonial del erario público porque si bien es evidente que el acto de insubsistencia acusado está viciado de nulidad, la jurisdicción contencioso administrativa no restablece los derechos obligando a los accionantes a acudir a la acción de tutela contra providencias judiciales. Además se ha sostenido que debido a la falta de motivación del acto, es inequitativo exigir al ciudadano la activación y agotamiento de los recursos judiciales ordinarios. Lo anterior se resume en la sentencia SU-917 de 2010 en los siguientes términos, “- La posición del Consejo de Estado, según la cual el nominador puede declarar la insubsistencia sin la obligación de hacer explicitas las razones para ello, ha sido abiertamente contraria a la postura sólida y reiterada que por más de una década ha sostenido la Corte Constitucional, según la cual existe un inexcusable deber de motivación de los actos de retiro.

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

- Sumado a ello, resultaría inequitativo y desproporcionado exigir al ciudadano la activación y agotamiento del mecanismo judicial ordinario, puesto que frente al acto inmotivado de insubsistencia se halla impedido para controvertir ante el juez administrativo, con la plena garantía del debido proceso, las razones que llevaron al nominador a su desvinculación, en tanto que no las conoce al momento de iniciar la respectiva acción ordinaria. En tal medida, no

dispone de todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para ejercer una plena defensa de sus derechos, precisamente ante la ausencia de motivación del acto de retiro.

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

En el caso particular de las madres cabeza de familia, la Corte ha reconocido que procede la acción de tutela cuando éstas se encuentran en una situación apremiante, y que en esas circunstancias, será preciso dar órdenes de cumplimiento inmediato para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tal y como lo sostuvo la Corte en la sentencia T-1258 de 2005, "De manera que si la situación del particular es apremiante, lo que de ordinario sucede cuando la administración priva a una mujer cabeza de familia de los recursos para atender su subsistencia y la de los suyos, el juez de tutela deberá impartir órdenes de cumplimiento inmediato, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de la afectada y el pleno ejercicio de su condición de persona de especial protección Estatal –artículos 86 y 43 C.P.-.

En ese orden, los derechos fundamentales de acceder y permanecer en cargos públicos en condiciones de igualdad, al debido proceso, al trabajo, a la seguridad, a la salud y al mínimo vital de quien ha sido declarado insubsistente de un cargo de carrera mediante decisión sin motivación, deberán restablecerse sin perjuicio de la competencia definitiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para pronunciarse sobre la validez del acto, siempre que el servidor desvinculado afronte un perjuicio irremediable y grave relacionado con atención de su mínimo vital y el de su familia [22] ".

4.2. Deber de motivación de las insubsistencias de funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera en el marco del Estado de Derecho y del respeto de los principios democrático, de publicidad, debido proceso y efectivo acceso a la administración de justicia. Reiteración de jurisprudencia.

4.2.1. El artículo 125 superior establece las reglas para el acceso y el retiro de los servidores públicos en los empleos del Estado, en los siguientes términos:

"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción". De lo anterior se desprende que por regla general, los empleos del Estado son de carrera y se proveen a través de concurso, y que el retiro de los mismos se hará por las razones señaladas por la Constitución, o bien por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las otras que determine la ley. Acorde con lo anterior, los cargos en provisionalidad deberían ser transitorios y constituir la excepción en materia de provisión de cargos públicos [23] .

4.2.2. La necesidad de motivar los actos administrativos de insubsistencia, y la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las providencias que sostienen la posición contraria, o de ordenar directamente al nominador la motivación del acto, se fundamenta en una sólida y uniforme línea jurisprudencial que la Corte ha establecido de tiempo atrás [24] .

En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la motivación del acto administrativo acorde con los parámetros legales y jurisprudenciales, es fundamental para garantizar el debido proceso de manera que el afectado pueda defenderse y controvertir las razones que conllevaron a su desvinculación ante la jurisdicción competente [25] .

Adicionalmente, se ha considerado que "la motivación es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario" [26] . Además, ninguna disposición del ordenamiento jurídico autoriza a la Administración a no explicar las razones por las cuales declara insubsistente a un funcionario en provisionalidad [27] acorde con las causales señaladas en el artículo 125 superior.

En otras palabras, en el marco del Estado Social de Derecho y en virtud del principio de publicidad consagrado en la Constitución, se requiere que los actos administrativos de esta naturaleza sean motivados para poder ejercer el control jurídico de los mismos y establecer si se ajustan al orden normativo evitando eventuales arbitrariedades por parte de la Administración. Tal y como lo establece la sentencia SU-250 de 1998, "Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209. (…) de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. 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. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso […]." Acorde con lo anterior, la motivación de los actos de insubsistencia, guarda relación con el respeto de los principios constitucionales que fundamentan el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, y tal como lo describe la sentencia SU-917 de 2010, con la cláusula del Estado de Derecho "que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados", de manera que facilita el control jurídico del acto por parte del juez quien debe establecer si éste se ajusta al orden jurídico y a los fines señalados en el mismo [28] .

El segundo principio que se protege con la motivación de los actos de insubsistencia es el debido proceso por constituir una garantía para ejercer el derecho de contradicción y defensa evitando la arbitrariedad de las autoridades. En este orden de ideas, se garantiza igualmente el principio democrático, porque es un medio de rendición de cuentas de la

Administración en el sentido en el que se le obliga a explicar las razones por las cuales obra en determinado sentido [29] .

Finalmente, la motivación de los actos de insubsistencia, asegura la realización del principio de publicidad en la medida en la que permite a los administrados estar informados de las decisiones y de los motivos que sustentan las actuaciones de las autoridades.

4.2.3. En la sentencia T-1206 de 2004 [30] en la que se reitera la posición de la sentencia SU-250 de 1998, se consideró que el hecho de que una persona esté nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, no significa que ésta carezca de estabilidad laboral ni que su posición sea asimilable a la de un cargo de libre nombramiento y remoción [31] .

“Las consideraciones anteriores, aunque se refieren a la desvinculación de los notarios en interinidad, son plenamente aplicables al caso que aquí se debate, pues, conforme a lo dicho inicialmente, el hecho de que una persona se encuentre vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera judicial, no implica que su estabilidad laboral sea tan precaria como la de un empleado que está en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, la administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede desatender su obligación de motivar la decisión que adopte en este sentido” [32] .

Efectivamente, los cargos de libre y nombramiento y remoción consisten en el ejercicio de funciones de dirección o manejo, por lo que la provisión de este tipo de empleos supone la escogencia de la persona por motivos personales y de confianza, lo que explica la facultad discrecional del nominador [33] quien no tiene necesidad de motivar los actos de desvinculación [34] . Diferente ocurre con los cargos de carrera, “en los cuales el mérito es el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción en el servicio. La provisión de estos cargos de carrera está sujeta a la realización de los procesos de selección y concursos públicos que determine la ley. Por tal razón, el retiro de las personas que los ocupan sólo puede fundamentarse en razones objetivas” [35] .

Por lo anterior la Corte ha afirmado que los cargos de carrera gozan de mayor estabilidad laboral que las de un cargo de libre nombramiento y remoción, ya que para los primeros se exige la motivación del acto administrativo que los desvincula, en tanto que para los segundos, por la naturaleza de sus funciones, el retiro depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador. La ley establece que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales, “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal” [36] cuando sea necesario para el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad.

La vinculación a los empleos del Estado a través de la provisionalidad es por consiguiente una excepción a la regla general que ordena la vinculación por concurso a la carrera administrativa. Si bien estos cargos no gozan de la estabilidad laboral de los cargos de carrera, sí cuentan con algunas garantías como la de la necesidad de motivar los actos de insubsistencia. Por lo anterior, el nominador no goza de la misma discrecionalidad para desvincular a empleados en provisionalidad como en los cargos de libre nombramiento y remoción y, en consecuencia, en el caso de los primeros debe existir una justa causa [37] .

Dado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera no declina por el hecho de encontrarse en provisionalidad, la jurisprudencia ha aclarado que éste podrá ser desvinculado solo por motivos disciplinarios, por baja calificación o porque se provea de manera definitiva la plaza mediante las reglas de concurso [38] .

Es preciso motivar entonces en todo momento los actos administrativos a través de los cuales se desvincula a personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera porque de no hacerlo, se estaría amenazando o vulnerando el derecho de acceso a la justicia al poner a dichas personas en una situación de indefensión ya que carecerían de la posibilidad de controvertir el acto, alegar y probar su posición [39] . Ha dicho también la Corte [40] , que no es posible alegar por parte

de la Administración la presunción de legalidad del acto administrativo en estos casos para justificar la falta de motivación del acto por los mismos motivos descritos anteriormente.

Adicionalmente, tal y como se deduce de lo expuesto y de lo que se señalará en el fundamento jurídico 4.5 de esta providencia, no es admisible cualquier motivación dado que la misma se encuentra cualificada por el tipo de razones que pueden ser expuestas.

4.2.4. Acorde con lo anterior, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado que la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la desvinculación de funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, es incompatible con la Constitución y con la interpretación de la Corte Constitucional. Si bien la Corte reconoce que la estabilidad de dichos funcionario no es asimilable a la del empleado de carrera, ni al de libre nombramiento y remoción, lo anterior no se traduce en la no motivación de los actos de insubsistencia de los primeros porque esta exigencia no se desprende de la pertenencia a un cargo de carrera "sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador" [41] y por la necesidad de garantizar las cláusulas del Estado de Derecho y los principios democráticos y de publicidad como se anotó arriba. En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que la no exigencia de motivación de los actos de insubsistencia de los funcionarios en provisionalidad, equivaldría a equipararlos con los funcionarios de libre nombramiento y remoción, lo cual contradice la posición asumida por el propio Consejo de Estado. Asimismo, la Corte ha indicado que no se pueden presumir razones de buen servicio detrás de lo actos de insubsistencia sin motivación, en cuanto se trata de una facultad reglada y no discrecional y porque "se impondría al administrado una carga excesiva y desproporcionada para enervar la validez del acto y ejercer su derecho de contradicción y defensa en condiciones de igualdad de armas" [42] . En otras palabras, el funcionario en provisionalidad tiene derecho a conocer las razones de su desvinculación, para evitar la arbitrariedad de la Administración, sin necesidad de acudir a la jurisdicción correspondiente.

4.2.5. En cuanto al contenido de la motivación, la sentencia SU- 917 de 2010, especificó los requisitos materiales de la misma y se refirió al principio de "razón suficiente" relacionado con la enunciación de los hechos y las circunstancias por las cuales se toma la decisión de remover a cierto funcionario.

"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" [43] . 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" [44] .

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" [45] .

4.2.6. En virtud de lo anterior y para garantizar el debido proceso, la regla jurisprudencial que la Corte de manera reiterada ha aplicado en estos casos se resume en lo siguiente:

“el deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se extiende a los casos en los cuales el empleado desvinculado se encuentra ocupando el cargo de manera provisional, y la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del trabajador”.

[46] Esta regla ha sido sintetizada por la sentencia T-838 de 2007 de la siguiente manera “Con base en la compilación jurisprudencial se puede afirmar que (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción.

Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o in tuitu personae y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.” En este orden de ideas, la falta de motivación de los actos de insubsistencia de funcionarios que ocupen en provisionalidad cargos de carrera, supone un vicio de nulidad por violación de los principios constitucionales anteriormente reseñados, que en principio deberán ser reclamados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa [47] .

5. Las madres cabeza de familia como sujetos de especial protección constitucional 5.1. El artículo 43 constitucional dispone la protección de la mujer y especialmente de la madre cabeza de familia [48] lo cual se justifica “con miras a hacer más llevadera la difícil tarea de asumir en forma solitaria las riendas del hoga r, de manera que puedan desempeñarse en otros escenarios como el laboral (…).” [49] 5.2. Además de la protección constitucional, algunas disposiciones de orden legal han regulado el amparo de las mujeres cabeza de familia. En este sentido, la Ley 82 de 1993 “ P or la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia ” , las define en los siguientes términos:

“Artículo 2º: (…) En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Dicha ley dispone que las mujeres que tengan la condición de madres cabeza de familia, serán sujetos de especial protección y en ese sentido, el Estado tendrá la obligación de promover acciones para facilitar la educación de sus hijos, el acceso a la vivienda, a la seguridad social, el fomento para el desarrollo empresarial, capacitaciones e incentivos, entre otros.

Leyes posteriores como la Ley 790 de 2002 "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República"

, llevó a la creación de la figura del “retén social”, para promover la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana de madres y padres cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse [50] .

Sin embargo, la Corte ha considerado que, como quiera que la protección para las madres cabeza de familia es un mandato constitucional, ella no puede limitarse en su aplicación a las precisas circunstancias de la ley 790 de 2002 [51] .

En efecto en la sentencia T-768 de 2005 se subrayó que la protección laboral reforzada de las madres cabeza de familia se fundamenta en la misma Constitución, "(…) la protección laboral reforzada, para el caso de las personas discapacitadas y las madres cabeza de familia es mandato Constitucional, y su aplicación, en consecuencia, no se circunscribe exclusivamente a los programas de renovación de la administración pública.

Así, se reitera, (i) para el caso de las personas discapacitadas, la protección constitucional se fundamenta en el deber del Estado Social de Derecho de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (Art. 13. C.P.).

En lo referente a las madres cabeza de familia, (ii) la protección laboral reforzada deriva del imperativo constitucional, según el cual es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia y a su núcleo familiar (Art. 42, 43, 44. C.P.).

Así las cosas, dentro del asunto objeto revisión, la presunta vulneración no es consecuencia de la inobservancia del artículo 12 de la ley 790 de 2002, si no que es producto del desconocimiento de las garantías constitucionales".

5.3. La jurisprudencia también ha señalado algunas características que determinan la condición de madre o padre cabeza de familia, "… (i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre." [52] En múltiples sentencias [53] , la Corte ha reiterado que más allá de las normas legales que existan en la materia, la protección especial a la mujer cabeza de familia se deriva directamente de la Constitución, de los artículos 5, 13, 43, y 44, y genera una obligación en cabeza del Estado el cual debe garantizar sus derechos y apoyarlas teniendo en cuenta la situación en la que se encuentran.

Adicionalmente, se ha considerado que el deber del Estado de brindar protección a las madres cabeza de familia, como sujetos que se encuentran en un estado de indefensión y vulnerabilidad, se extiende al amparo de la familia, de los niños y de las personas de la tercera edad, según como esté integrado cada núcleo familiar. Lo anterior, ha llevado a la Corte a sostener que " las medidas que protegen a la mujer cabeza de familia no se proyectan sobre sí misma, sino que deben asumirse como extendidas al núcleo familiar que de ella dependa, el cual se supone compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar." [54] En resumidas cuentas, el respaldo estatal a las madres cabeza de familia, se deriva de un mandato constitucional que deben cumplir todas las autoridades públicas. Tal y como lo describió la sentencia C-184/03, "El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad".

5.4. Todo lo anterior se traduce en la necesidad de que la Administración, incorpore medidas de discriminación positiva que promuevan la estabilidad laboral reforzada de este grupo poblacional y contribuyan a garantizar su sostenimiento y el de su núcleo familiar. Así, la sentencia T-1183 de 2005 destacó lo siguiente, "La naturaleza de la protección laboral reforzada atribuida a las madres cabeza de familia descansa en la Constitución Política y no se reduce a, por ejemplo, las

reformas que se produzcan en una sola institución estatal. Al contrario, las acciones afirmativas adelantadas a su favor tienen como primer fundamento la fuerza normativa de la Carta (artículo 43 C.P.) y suponen la protección de la mujer, los niños o discapacitados que se encuentren a su cargo y la familia.

Estos fundamentos permiten deducir, a su vez, la importancia que frente a sus obligaciones habituales constituye la recepción estable de un salario pasando a un segundo plano, como opción excepcional, la posibilidad de ser retirada del servicio y recibir la correspondiente indemnización".

Frente a la situación laboral, las madres cabeza de familia gozan de una estabilidad laboral reforzada, es decir que en principio tienen derecho a permanecer en los empleos que ocupan, porque son quienes garantizan el sostenimiento y bienestar material y afectivo de sus familias. Este tratamiento a las mujeres madres cabeza de familia es por lo tanto una aplicación directa del principio de igualdad que ordena dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes [55] . Tal y como quedó plasmado en la sentencia T-1183 de 2005, "La naturaleza de la protección laboral reforzada atribuida a las madres cabeza de familia descansa en la Constitución Política y no se reduce a, por ejemplo, las reformas que se produzcan en una sola institución estatal. Al contrario, las acciones afirmativas adelantadas a su favor tienen como primer fundamento la fuerza normativa de la Carta (artículo 4, C.P.) y suponen la protección de la mujer, los niños o discapacitados que se encuentren a su cargo y la familia.

Estos fundamentos permiten deducir, a su vez, la importancia que frente a sus obligaciones habituales constituye la recepción estable de un salario pasando a un segundo plano, como opción excepcional, la posibilidad de ser retirada del servicio y recibir la correspondiente indemnización.".

5.5. Es importante anotar, que no obstante la Constitución proteja a la madre cabeza de familia, la garantía de estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares estos sujetos de especial protección constitucional, no es un derecho absoluto, y no supone la imposibilidad de su retiro bajo cualquier circunstancia. En la sentencia T-054 de 2005, por ejemplo, no se amparó el derecho de una funcionaria en provisionalidad que había notificado previamente a la entidad de su condición de madre cabeza de familia, por considerar que, contrario a lo sostenido por la accionante, el acto de desvinculación sí fue motivado y porque quien llegó a ocupar su cargo era la funcionaria de carrera.

En este orden de ideas, se consideró que "la protección constitucional que se predica de los sujetos de especial protección, desarrollada en normas de inferior jerarquía, no puede extenderse a situaciones en las que existen causas justas para dar por terminada la relación laboral". Asimismo en la sentencia T-1061 de 2006, se reconoció que se protege la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia "siempre y cuando no exista una causal justificativa del despido, pues la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra".

5.6. Como quiera que las madres cabeza de familia son sujetos de especial protección constitucional y se encuentran en un estado de indefensión, en los casos en los que provisionales que se encuentren en esta situación sean desvinculados de sus cargos, la acción de tutela cobra sentido para evitar un perjuicio irremediable para la madre o padre y su núcleo familiar. En este orden de ideas, en numerosas sentencias [56] la Corte ha reconocido la procedencia de éste recurso para proteger los derechos de las madres cabeza de familia y los de sus familias en los casos en los que se pongan en riesgos sus derechos fundamentales como consecuencia de la declaración de insubsistencia de funcionarias o funcionarios provisionales que deriven todo su sustento, del sueldo que perciben. En estos casos, la jurisprudencia ha optado por tomar dos tipos de medida: "(i) la orden de reintegro como medida transitoria y (ii) la orden de motivación del acto administrativo de desvinculación, de acuerdo a derecho, que, de no ser expresada, implica la inmediata revinculación del funcionario separado de su cargo".

Es posible señalar, adicionalmente, que en este tipo de casos las razones constitucionalmente válidas para desvincular a una persona en situación de provisionalidad pueden encontrarse sometidas a un escrutinio más exigente que aquel aplicable cuando se trata de sujetos que no son destinarios de una protección constitucional especial.

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

6.1. En la medida en que en uno de los casos examinados el accionante fue declarado insubsistente por la Fiscalía General de la Nación en el cargo de investigador judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali, es importante reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con los regímenes especiales de carrera y la necesidad de motivar los actos de insubsistencia.

Si bien con anterioridad a la promulgación de la Ley 938 de 2004 "Por medio de la cual se expide el estatuto Orgánico de la Fiscalía general de la Nación", la Corte ya había sentado su posición sobre la necesidad de motivar los actos de insubsistencia, la sentencia C-279 de 2007 consolida la jurisprudencia constitucional en la materia.

6.2. La sentencia SU-917 de 2010 describe la manera como la Corte reafirmó su posición con respecto al régimen especial de carrera de la Fiscalía en los siguientes términos, "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 [57] 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 [58] .

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 [59] .

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 [60] , 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 [61] .

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".

7. Análisis de los casos concretos 7.1. Expediente T-3.163.131 En el caso de la señora Claudia Fernanda Barreto Vásquez quien fue vinculada al cargo de auxiliar administrativo grado III de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta el 17 de octubre de 2007 y declarada insubsistente mediante resolución número 015 del 6 de enero de 2011, sin que su cargo hubiese sido ofertado en concurso público abierto y sin que existiera lista de elegibles, siendo designada en su lugar otra persona en provisionalidad, la Sala considera –siguiendo el precedente definido en la sentencia SU- 917

de 2010-la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo para amparar los derechos fundamentales de la accionante y de su hija menor.

Si bien la condición de madre cabeza de familia no fue acreditada ante la entidad accionada, existen dos pruebas testimoniales que señalan que la accionante mantiene a su hija menor sin el apoyo de su esposo. Si bien lo ideal es notificar a la entidad la condición de madre cabeza de familia antes del acto de insubsistencia, el que dichas pruebas se hayan presentado después de haber sido desvinculada, no significa que la accionante pierda dicha condición, ni que deje de ser un sujeto de especial protección constitucional.

Adicionalmente, en este caso la arbitrariedad de la desvinculación de la accionante se evidencia en el hecho de que fue remplazada, no por un funcionario de carrera, sino por otra funcionaria en provisionalidad. El hecho de que quien fuera nombrada en reemplazo de la accionante, hubiese cursado cuatro semestres de Administración de Empresas, no se constituye en justificación suficiente para declarar la insubsistencia de la accionante, sobretodo porque, tal y como lo señala el juez de primera instancia, no se trata de un cargo que requiera mucha experticia. Tampoco se puede aducir como causal de la desvinculación la mejoría del servicio en la medida en que el cargo no fue ocupado por un funcionario de carrera si bien se convocó concurso de meritos para el mismo. Si en el momento de declarar la insubsistencia, se adelantaba una indagación preliminar contra la accionante, ésta situación no puede motivar la desvinculación de la funcionaria ya que en virtud de la presunción de inocencia y de los derechos al debido proceso, de contradicción y defensa, las sanciones correspondientes deberían ser impuestas al concluir el proceso disciplinario.

Teniendo en cuenta lo anterior, y estando de por medio, no solo el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, sino también los derechos fundamentales de su hija menor, se demuestra la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. Claramente, la orden de tutela se imparte sin perjuicio de que la accionante pueda ser desvinculada como consecuencia del nombramiento de un funcionario de carrera, o a raíz de una sanción disciplinaria o por las demás causales de Ley, según la jurisprudencia de la Corte.

En consecuencia, en este caso la Corte procederá a revocar el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “A” y confirmar parcialmente el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena que amparó el derecho de la señora Claudia Liliana Barreto Vásquez como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria, ordenando en su lugar, el amparo de los derechos de la accionante, suspendiendo la Resolución proferida por el Director Ejecutivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta por medio de la cual se declaró insubsistente sin motivación.

7.2. Expediente T-3.174.726 En el caso del señor Carlos Alberto Gómez quien fue declarado insubsistente sin motivación en el cargo de investigador judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali, tal y como se desprende de la resolución 0-5171 del 29 de octubre de 2004 expedida por la Fiscalía General de la Nación [62] , la Sala considera que la Fiscalía debió motivar el acto de desvinculación del accionante aún si éste se encontraba en provisionalidad.

Queda claro que en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, tanto el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali, como el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, desconocieron el precedente constitucional en ésta materia vulnerando el derecho al debido proceso del accionante. Por esta razón, en el presente caso, si bien la pretensión del accionante es que el juez de instancia acate el precedente constitucional, se aplicará la misma solución dispuesta por la Corte en situaciones semejantes, y en sentencias de unificación recientes aprobadas por la Sala Plena de esta Corporación [63] , debido a los numerosos antecedentes que demuestran la

orientación de la jurisdicción administrativa consistente en no exigir la motivación del acto de subsistencia en las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, se revocará el fallo de única instancia que negó la tutela interpuesta por el accionante y en su lugar se concederá el amparo de su derecho al debido proceso. Asimismo se dejarán sin efecto los fallos de instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y se dictará una sentencia sustitutiva o de reemplazo, en vista de que ésta es la única forma de garantizar un recurso judicial efectivo para la protección del derecho del accionante al debido proceso. en este orden de ideas, se declarará la nulidad de la Resolución 0-5171 del 29 de octubre de 2004 expedida por la Fiscalía General de la Nación y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a dicha entidad, en caso de que el cargo ocupado por el accionante no haya sido ocupado por un funcionario de carrera, el reintegro del señor Carlos Alberto Gómez Pareja al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. En caso de que el cargo del accionante haya sido ocupado por un funcionario de carrera, únicamente se ordenará el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el momento de la notificación de la presente providencia a la Fiscalía.

7.3. Expediente T-3.220.610 En relación con la declaratoria de insubsistencia de Claudia Liliana Palomino Rojas del cargo de auxiliar administrativo nivel asistencial, código 407, grado 15 con funciones de bibliotecaria, en el cual se desempeñó por más de 10 años en el Instituto Técnico Industrial del municipio del Socorro con carácter de provisionalidad indefinida, la Sala considera que en este caso, el acto de insubsistencia fue motivado por el nombramiento en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa, de Sandra Cecilia Acosta Sánchez.

Como se señaló anteriormente, la condición de madre cabeza de familia no supone la inamovilidad del cargo de los provisionales, especialmente si el acto ha sido motivado válidamente como en este caso, por el nombramiento de un funcionario de carrera.

Los argumentos de la accionante en el sentido de que la Gobernación supuestamente pasó por alto el error en que incurrió al inscribirse en la convocatoria para ocupar su cargo como funcionaria de carrera, y que ella atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán ser expuestos en el marco de las acciones que resulten procedentes. Tal discusión escapa, en principio, a las posibilidades de pronunciamiento de la jurisdicción constitucional en tanto se refiere de forma específica a los detalles sobre el trámite de inscripción y participación en un procedimiento particularmente reglado y sometido, por ello, a condiciones especiales. Así las cosas será posible, si así lo considera la accionante, iniciar los trámites administrativos y judiciales respectivos.

Acorde con lo anterior y dado que el acto de insubsistencia fue debidamente motivado por el nombramiento de un funcionario de carrera, no se amparará el derecho de la señora Claudia Liliana Palomino.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero.- En el expediente T-3.163.131 REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “A” el 16 de junio de 2011. En su lugar CONFIRMAR parcialmente el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena del 15 de marzo de 2011 que amparó el derecho de la señora Claudia Liliana Barreto Vásquez como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria. En su lugar ORDENAR el amparo de los derechos de la accionante, suspendiendo la Resolución proferida por el Director Ejecutivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta por medio de la cual se declaró insubsistente sin motivación.

Segundo.- En el expediente T-3.174.726 DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali el 11 de julio de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca el 8 de julio de 2010. En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 0-5171 del 29 de octubre de 2004 expedida por la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se ordenó desvincular al señor Carlos Alberto Gómez, del cargo de investigador judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali.

A título de restablecimiento del derecho ORDENAR REINTEGRAR, al señor Carlos Alberto Gómez al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Tercero.- En expediente T-3.220.610 CONFIRMAR el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Familia, Laboral de San Gil del 25 de agosto de 2011 que revocó la sentencia de primera instancia proferida el 3 de agosto de 2011 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Socorro, el cual amparó el derecho de la accionante como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria.

Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PÉREZ GABRIEL E. MENDOZA MARTELO Magistrado Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-102/12 PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES- Debe hacerse desde la fecha que el actor presentó la acción de tutela hasta la fecha de su reintegro si es procedente o hasta el momento de vinculación mediante concurso (Salvamento de voto) Si bien comparto la orden de reintegro proferida en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, no ocurre lo mismo en relación con la impartida para que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir "…desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado,…". Estimo que dicho pago debe hacerse desde la fecha en que el actor presentó la acción de tutela a fin de lograr la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro si es procedente, o hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso, como lo determinó esta Corporación en las sentencias SU-917 de 2010, T-656 de 2011, y T-961 de 2011 Referencia: expedientes acumulados T-3.163.131, T-3.174.726 y T-3.220.610.

Acción de tutela instaurada por Claudia Fernando Barreto Vásquez, Carlos Alberto Gómez Pareja, y Claudia Liliana Palomino Rojas, respectivamente, contra Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta; Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali; y la Gobernación de Santander, en su orden.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Con el respeto que siempre me merecen las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto a la decisión mayoritaria adoptada en el expediente T-3.174.726, donde el accionante es Carlos Alberto Gómez Pareja. Las razones para mi disenso son las siguientes:

Si bien comparto la orden de reintegro proferida en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, no ocurre lo mismo en relación con la impartida para que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir "…desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado,…" .

Estimo que dicho pago debe hacerse desde la fecha en que el actor presentó la acción de tutela a fin de lograr la protección de sus derechos fundamentales, objeto de amparo en esta providencia, hasta la fecha de su reintegro si es procedente, o hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso, como lo determinó esta Corporación en las sentencias SU-917 de 2010, T-656 de 2011, y T-961 de 2011.

Por ende, en relación con el pago de salarios y prestaciones, tampoco comparto lo dispuesto en la parte motiva del fallo, cuando al anunciar la orden que se impartirá a título de restablecimiento del derecho, se precisa que "…En caso de que el cargo del accionante haya sido ocupado por un funcionario de carrera, únicamente se ordenará el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el momento de la notificación de la presente providencia a la Fiscalía ." .

En este evento la decisión a impartir debió ser ordenar el pago de salarios y prestaciones a partir de la fecha en que se solicitó la protección de los derechos fundamentales y hasta la fecha de posesión del empleado de carrera que ocupó su cargo, pues a partir de este último momento la demandada le dio alcance a las normas de carrera. El punto de partida inicial se explica por el hecho de ser el momento en que se invoca el amparo constitucional lo cual marca el hito que da lugar a su inicio.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Auto 102/14 (Abril 11) Referencia: Corrección de la Sentencia T-102 de 2012, Expedientes acumulados T-3.163.131, T-3.174.726 y T-3.220.610.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. CONSIDERANDO: 1. En la sentencia T-102 de 2012, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional resolvió:

"Primero : En el expediente T-3.163.131 REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A" el 16 de junio de 2011. En su lugar CONFIRMAR parcialmente el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena del 15 de marzo de 2011 que amparó el derecho de la señora Claudia Liliana Barreto Vásquez como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria. En su lugar ORDENAR el amparo de los derechos de la accionante, suspendiendo la Resolución proferida por el Director Ejecutivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta por medio de la cual se declaró insubsistente sin motivación.

Segundo : En el expediente T-3.174.726 DEJAR SIN EFECTOS, las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali el 11 de julio de 2008, y en segunda instancia por el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca el 8 de julio de 2010. En su lugar, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 0-5171 del 29 de octubre de 2004 expedida por la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se ordenó desvincular al señor Carlos Alberto Gómez, del cargo de investigador judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali.

A título de restablecimiento del derecho ORDENAR REINTEGRAR, al señor Carlos Alberto Gómez al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Tercero : En expediente T-3.220.610 CONFIRMAR el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Familia, Laboral de San Gil del 25 de agosto de 2011 que revocó la sentencia de primera instancia proferida el 3 de agosto de 2011 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Socorro, el cual amparó el derecho de la accionante como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria".

2. No obstante, en la parte motiva de esa misma providencia la Sala incurrió en un error por cambio de palabras, que podría llegar a influir en el entendimiento de la parte resolutiva antes destacada. En efecto, en el numeral 7.1., se produjo un error por haber cambiado la expresión “transitorio” por “definitivo” haciendo referencia al mecanismo de protección de la tutela. El fragmento en el que se produce el error es el siguiente:

“En el caso de la señora Claudia Fernanda Barreto Vásquez quien fue vinculada al cargo de auxiliar administrativo grado III de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta el 17 de octubre de 2007 y declarada insubsistente mediante resolución número 015 del 6 de enero de 2011, sin que su cargo hubiese sido ofertado en concurso público abierto y sin que existiera lista de elegibles, siendo designada en su lugar otra persona en provisionalidad, la Sala considera –siguiendo el precedente definido en la sentencia SU- 917 de 2010-la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo para amparar los derechos fundamentales de la accionante y de su hija menor”.

3. Sin embargo, en el mismo numeral 7.1. de la providencia, luego de explicar las razones por las cuales procede la acción de tutela, se expresa con claridad que esta se concederá “como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria, ordenando en su lugar, el amparo de los derechos de la accionante, suspendiendo la Resolución proferida por el Director Ejecutivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta por medio de la cual se declaró insubsistente sin motivación” . Lo anterior es perfectamente compatible con la parte resolutiva de la sentencia en la que también se ordena “CONFIRMAR parcialmente el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Magdalena del 15 de marzo de 2011 que amparó el derecho de la señora Claudia Liliana Barreto Vásquez como mecanismo transitorio mientras interpone las acciones respectivas en la jurisdicción ordinaria”.

4. En anteriores ocasiones, esta Corporación ha señalado que cuando en una sentencia se producen errores de este tipo, es aplicable el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil [64] , norma en la que se establece que estos pueden ser corregidos en cualquier tiempo [65] .

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, RESUELVE Primero.- CORREGIR el numeral 7.1. contenido en la parte motiva de la sentencia T-102 de 2012. En consecuencia SUSTITUIR del texto correspondiente al numeral 7.1. de la providencia en mención, por el siguiente:

“En el caso de la señora Claudia Fernanda Barreto Vásquez quien fue vinculada al cargo de auxiliar administrativo grado III de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta el 17 de octubre de 2007 y declarada insubsistente mediante resolución número 015 del 6 de enero de 2011, sin que su cargo hubiese sido ofertado en concurso público abierto y sin que existiera lista de elegibles, siendo designada en su lugar otra persona en provisionalidad, la Sala considera –siguiendo el precedente definido en la sentencia SU- 917 de 2010-la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para amparar los derechos fundamentales de la accionante y de su hija menor”.

Segundo.- ORDENAR a la Relatoría de esta Corporación que adjunte copia del presente auto a la Sentencia T-102 de 2012, con el fin de que sea publicado junto con ella en la Gaceta de la Corte Constitucional correspondiente.

Notifíquese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Tutela presentada el 18 de febrero de 2011 [2] Tutela presentada el 22 de noviembre de 2010 [3] Tutela presentada el 9 de junio de 2011 [4] Ver contestación de la demanda, folio 85, Cuaderno # 1 [5] Respuesta a la acción de tutela, folio 6, Cuaderno # 1 [6] Ver folio 289, Cuaderno # 1 [7] Ver folio 129, Cuaderno # 1 [8] Ver entre muchas otras, las sentencias C-543 de 1992, T-079

de 1993, T-158 de 1993, T-231 de 1994, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-949 de 2003, T-109 de 2009, T-186/09, T-396 de 2010.

[9] C-590 de 2005. “ A pesar de que la Carta Política indica expresamente que la acción de tutela procede “por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” susceptible de vulnerar o amenazar derechos fundamentales, en algunos ámbitos se ha cuestionado su procedencia contra sentencias, no obstante tratarse de actos emanados de jueces y tribunales en tanto autoridades públicas y la consecuente posibilidad, aunque sumamente excepcional, de que a través de tales actos se vulneren o amenacen derechos fundamentales”.

[10] T-462 de 2003. “En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita "armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado”.

[11] T-173/93. [12] T-504/00. [13] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05 [14] T-008/98 y SU-159/2000 [15] T-658-98 [16] T-088-99 y SU-1219-01 [17] C-590 de 2005 [18] Sentencia T-522/01 [19] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

[20] C-590 de 2005 [21] Ver entre otras las sentencias T-838 de 2007, T-341 de2008, T-186 de 2009 y T-109 de 2009, en las que la Corte concedió el amparo contra providencias judiciales en firme que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y desconociendo los precedentes constitucionales, negaron la nulidad de actos administrativos que sin motivación alguna desvincularon a funcionarios provisionales que ocupaban cargos de carrera.

[22] Vgr. sentencia T-597 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la que se concede el amparo transitorio a una empleada que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera en la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y que fue desvinculada del mismo mediante acto sin motivación, al encontrar probado que la accionante es madre cabeza de familia de un menor de 7 años y es deudora de un crédito de vivienda. En igual sentido, en la sentencia T-752 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte decidió conceder el amparo transitorio de una empleada del Club Militar de Oficiales, quien fue desvinculada de un cargo de carrera mediante acto administrativo inmotivado, en consideración a que la accionante era madre cabeza de familia y que tiene un hijo de nueve años de edad que depende exclusivamente de ésta. Así mismo, en la sentencia T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte decidió conceder la tutela como mecanismo transitorio a una madre cabeza de familia, nombrada en provisionalidad en el cargo de auxiliar de enfermería y desvinculada mediante acto desprovisto de motivación.

[23] T-1206 de 2004 citada en la sentencia SU-917 de 2010: La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstas se proveen en propiedad conforme a las formalidades de la ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”.

[24] Ver entre muchas otras, las sentencias SU-917 de 2010, SU-250 de 1998, T-610 de 2003, T-1206 de 2004, T-1240 de 2004, T 222 de 2005, T-108 de 2009, T-736 de 2009, T-396 de 2010. La sentencia T-109 de 2009 también recordó lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este punto se remonta a la Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual la Corte indicó que debía motivarse la desvinculación de una notaria que ocupaba en interinidad un puesto de carrera.

Después de ella se han dictado, entre otras, las siguientes sentencias que han confirmado esa línea jurisprudencial: T-800/98, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-884/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610/03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra;

T-752/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-597/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-951/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1206/04, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-070/06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240/04, M.P.

Rodrigo Escobar Gil; T-161/05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-031/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-123/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-132/05, M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa; T-222/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-374/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-392/05, M.P. Alfredo Beltrán Sierra;

T-660/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-696/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-024/06, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-222/06, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-254 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-132 de 2007, M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto; T-279 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-464 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-838 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-857 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-007 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-157 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-308 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-356 de 2008, M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto. Como bien se deduce de este listado, la posición jurisprudencial acerca de la necesidad de motivar las declaraciones de insubsistencia de las personas nombradas en cargos de carrera, en provisionalidad, es compartida por todas las salas de revisión. Por otra parte, es importante anotar que varias de las sentencias relacionadas se refieren a declaraciones de insubsistencia dictadas por el Fiscal General de la Nación".

[25] T-222 de 2005 [26] SU-917 de 2010, C-734 de 2000 [27] SU-917 de 2010 [28] SU-917 de 2010, SU-250 de 1998 [29] SU-917 de 2010, T-552 de 2005, SU-250 de 1998, T-132 de 2007, T-308 de 2008, T-356 de 2008 [30] Caso muy similar al que se estudia en cuanto se trataba de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y que fue declarado insubsistente mediante una resolución no motivada.

[31] C-514 de 1994: "Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades".

[32] T-1206 de 2004 [33] En la sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte reiteró lo expuesto en la sentencia También en la ya mencionada sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sobre los cargos de libre nombramiento y remoción se dijo:

"... como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación "in tuitu personae" entre el nominado y el nominador." [34] T-610 de 2003 [35] Ibidem [36] Sentencia T- 1206 de 2004.

[37] T-384 de 2007 [38] T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004 [39] SU-250 de 1998 [40] T-884 de 2001 [41] SU-917 de 2010 [42] Ibidem [43] 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".

[44] Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras. [45] Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007. [46] T-597/04. En el mismo sentido, la T-054/05, T-838/07, T-1011/03, T-1206/94, T-070/06, T-104/09, T-951/04, T-010/07, T-010/08 y otras que se citarán a lo largo del presente fallo. La T-951/04 contiene un recuento exhaustivo de la línea jurisprudencial sobre el particular.

[47] Aunque la Corte ha reconocido que en algunos casos procede la tutela, como en se estableció en la sentencia SU-917 de 2010 [48] Articulo 43 C.P La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.//El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

[49] T-1211 de 2008. [50] T-692 de 2009 [51] T-1080 de 2010 [52] SU-389 de 2005 [53] T-692 de 2009, T-646 de 2006, T-1086 de 2006, C-044 de 2004, C-964 de 2003, C-184 de 2003 [54] SU-389 de 2005 [55] T-1061 de 2006 [56] Ver entre muchas otras, las sentencias T-752 de 2005, T-1159 de 2005, T-1061 de 2006, T-054 de 2005 [57] "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.

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. [59] "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".

[60] "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.

[61] "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".

[62] Ver folio 35, Cuaderno # 1 [63] SU-917 de 2009, SU-691 de 2011 [64] Código de Procedimiento Civil, artículo 310: " Toda providencia en la que se haya incurrido en un error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.

// Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1. y 2. del artículo 320. // Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella.” [65] Al respecto, se pueden revisar los siguientes autos: Auto 247 de 2012, Auto 054 de 2001, Auto 316 de 2006, Auto 085 de 2008, Auto 250 de 2008, Auto 060 de 2010 y Auto 084 de 2010.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 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.