LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Sentencia SU556/14

Referencia: expedientes T-3.275.956, T-3.319.445 y T-3.347.236. Acción de tutela instaurada por Fernando Otálora Hernández contra la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y otros, por Ricardo Manuel Rodríguez Suárez contra la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y otros, y por Luis David Lascarro Galeano contra el Tribunal Administrativo de Bolívar y otros.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Sección Quinta de la misma entidad, en primera y segunda instancia respectivamente, tanto en el primero como en el segundo de los casos acumulados; y del fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en primera instancia, respecto del último de los expedientes referenciados.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3.275.956

A través de apoderado, el señor Fernando Otálora Hernández formuló acción de tutela contra la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por considerar que la sentencia del 24 de junio de 2010 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, con fundamento en los siguientes,

1.1. Hechos

1.1.1. Señala el accionante que por medio de Resolución del 28 enero de 1994, se vinculó en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación, como Fiscal Seccional de Cundinamarca con sede en Leticia, siendo posteriormente nombrado Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, hasta que fue declarado insubsistente mediante Resolución 0-2651, del 3 de diciembre de 2003, como consecuencia de lo cual fue removido de su cargo sin que para el efecto hubiese existido motivación alguna. El último salario que percibió ascendía a la suma de $3.704.722, de los cuales $926.181 se le reconocían por concepto de gastos de representación.

1.1.2. Contra la anterior resolución, el actor formuló acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por considerar que, entre otras razones, el acto administrativo incurría en la causal de falta de motivación.

1.1.3. En sentencia del 30 de abril de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones del actor. Para el efecto expresó que, no obstante que los empleados en provisionalidad carecen de estabilidad, razón por la cual, en principio, la Administración, en uso de una facultad discrecional, puede retirarlos del servicio sin motivación alguna, en este caso, luego de analizar la hoja de vida del actor en la entidad, era posible establecer que no se había acreditado la existencia de *"... un verdadero motivo de mejoramiento del servicio, que reivindique la facultad discrecional otorgada al Fiscal General de la Nación ..."*[1], razón por la cual encontró procedente decretar la nulidad del acto demandado, con base en la causal de desviación de poder. El Tribunal, a título de restablecimiento del derecho, dispuso el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Esa decisión fue apelada por la Fiscalía General de la Nación, con base en la consideración conforme a la cual no se había probado que la expedición del acto administrativo respondiera a situación distinta al buen servicio público, pues simplemente se había hecho uso de la facultad de desvincular discrecionalmente a un empleado de libre nombramiento y remoción.

1.1.4. La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2010, revocó la decisión del Tribunal y, en su lugar, denegó las pretensiones invocadas en la demanda. En criterio de la Corporación, el accionante había ocupado un cargo de carrera que desempeñaba en provisionalidad y, no obstante que se había probado su

[1] Folio 67, Cuaderno 1.

trayectoria y buen desempeño en sus labores, "… *el funcionario que ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, no sólo, puede ser desvinculado discrecionalmente, sin que sea necesario motivar la decisión; sino que, además, también puede ser removido en cualquier momento, conforme a la Ley. Salvo, claro está, que se acredite que su desvinculación obedeció a motivos ajenos al buen servicio. No obstante en el caso de autos no se logró demostrar tal presupuesto, ya que toda la actividad del demandante se limitó a acreditar lo que puede denominarse como una dedicación normal y ordinaria al servicio público y alguna conjetura sobre la persecución de que fuera objeto, a la que prestó oído el Tribunal, en un fallo con disidencia que deberá ser revocado.*"[2]

Para adoptar la anterior determinación, el Consejo de Estado se apartó de manera expresa de la doctrina fijada en la Sentencia T-254 de 2006 de la Corte Constitucional, en la que se sostiene que el acto de desvinculación de un empleado en provisionalidad requiere motivación, efecto para el cual sostuvo que "*no puede el demandante reclamar fuero de estabilidad alguno, toda vez que la designación hecha en provisionalidad tiene lugar en forma discrecional y, por ello, su remoción puede efectuarse de la misma manera*"[3].

1.2. Solicitud de tutela

El accionante solicitó al juez de tutela, para la debida protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que revocara el fallo del 24 de junio de 2010 emitido por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, y que, en su lugar, decretara la nulidad de la Resolución 0-2651 del 2 de diciembre de 2003, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento, además de lo cual debía restablecerse su derecho, en los precisos términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.[4]

1.3. Trámite procesal e intervención de las entidades accionadas

Del asunto conoció la Sección Cuarta del Consejo de Estado. La Consejera Ponente en turno, por obra de auto del 2 de marzo de 2011, admitió la acción de tutela y ordenó notificarla a la Subsección C de la Sección Segunda del Consejo de Estado y a la Fiscalía General de la Nación, en su calidad de tercera interesada.

1.3.1. Sección Segunda del Consejo de Estado

[2] Folio 37, Cuaderno 1.
[3] Folio 40, Cuaderno 1.
[4] Folio 12, Cuaderno 1.

La Sección Segunda del Consejo de Estado intervino para solicitar que se negaran las pretensiones del actor, pues, en su criterio, no se vislumbraba violación alguna de derechos fundamentales.

Expresó que en la providencia impugnada se estudiaron los argumentos de la Fiscalía en contra del fallo de primera instancia, por lo cual el estudio del caso se centró primordialmente en el cargo de desviación de poder. Aun así, adujo en torno al tema de la motivación del acto de desvinculación de un cargo en provisionalidad, que debía aplicarse la jurisprudencia de la máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ser el juez natural de ese tipo de controversias. De ahí que coligiera la inexistencia de amenaza o lesión a los derechos fundamentales del actor.

1.3.2. Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación señaló en su intervención que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las discrepancias sobre la interpretación de las normas no constituyen, *per se*, vías de hecho. Por ende, a partir de la anterior premisa sostuvo que "*mal podría predicarse de las sentencias sometidas a juicio de amparo, que estén inmersas en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, si se parte del hecho que su fundamentación estriba en una hermenéutica razonable del artículo 125 superior, relacionado con el ingreso y desvinculación a la función pública por situaciones diferentes al merito, de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad."*[5]

1.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Las pruebas allegadas al proceso de tutela, de origen documental, fueron las siguientes:

a. Copia de la Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 24 de junio de 2010, en la cual se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de abril de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A (folios 15-45, Cuaderno 1).

b. Copia de la Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 30 de abril de 2009, en la cual se decide en primera instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por Fernando Otálora Hernández, contra la Fiscalía General de la Nación, por la Resolución No.0-2651 de 2 de diciembre de 2003 (folio 46-71, Cuaderno 1).

[5] Folio 159, Cuaderno 1

2. Expediente T-3.319.445

El señor Ricardo Manuel Rodríguez Suárez, actuando por medio de apoderado, formuló acción de tutela contra la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al estimar que en la sentencia proferida el 17 de febrero de 2011 se le desconocieron, entre otros, sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, al trabajo y al acceso a la función pública. La situación fáctica es como se sigue a continuación:

2.1. Hechos

2.1.1. El señor Ricardo Manuel Rodríguez Suárez se vinculó en provisionalidad al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en el cargo de Profesional Administrativo, mediante Resolución 0037 del 15 de enero de 1997. Sin embargo, el 11 de octubre de 2002, por medio de Resolución 02181, de la misma fecha, el accionante fue declarado insubsistente por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, sin que dejara constancia expresa acerca de las razones para proceder en tal sentido. Su última asignación básica fue de $ 1.275.112, sin tener en cuenta, entre otras prestaciones, bonificación y prima de servicios, primas de vacaciones y de navidad, al igual que auxilios de cesantía y prima de riesgo.

2.1.2. Por lo anterior, promovió un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, para solicitar que se declarara la nulidad del acto administrativo por medio del cual se había declarado insubsistente y que, por tanto, se le reintegrara al puesto que había ocupado en la entidad pública.

2.1.3. La Sección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de sentencia del 16 de agosto de 2007, accedió a las pretensiones vertidas en la demanda. En dicha providencia se advirtió la existencia de dos contradicciones. Una primera, entre las normas legales y reglamentarias en las cuales el Consejo de Estado ha basado su jurisprudencia sobre la legalidad de los actos que declaran la insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad, aún cuando éstos no hayan sido motivados, y una segunda, frente al artículo 125 de la Constitución que exige que dichos actos sean motivados.

Teniendo en cuenta lo anterior, y luego de hacer un recuento de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la Corporación estimó que debía primar la interpretación de la segunda. En esa línea, aseveró que el acto administrativo impugnado estaba viciado por falta de motivación, toda vez que la presunción de que el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento atiende a la necesidad de

mejoramiento del servicio fue desvirtuada por el actor, al demostrar que en su carrera fue objeto de reconocimiento y menciones por el buen servicio.

El Departamento Administrativo de Seguridad apeló la decisión del Tribunal, dado que consideró que el acto de desvinculación había sido expedido con base en la atribución legal que tiene el Director del DAS de declarar insubsistente los nombramientos de los funcionarios en provisionalidad, en aras del buen servicio público, sin que fuere necesario motivar la actuación. Puntualizó que esa interpretación es coincidente con la jurisprudencia del Consejo de Estado, conforme a la cual no existe en estos casos obligación para la entidad de expresar las razones de conveniencia que motivan la decisión.

2.1.4. La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 17 de febrero de 2011 revocó la sentencia de primera instancia, al considerar que:

> "*En este orden de ideas, a juicio de la Sala, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de las etapas que comprende el proceso selectivo, y siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (…)*
>
> *Por estas razones, la jurisprudencia de la Sala ha señalado, que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso, y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí es posible predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción .*
>
> *En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no*

requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro."[6]

De acuerdo con ello, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo consideró que el acto administrativo de desvinculación no incurría en ninguna de las causales de nulidad que le atribuía la demanda.

2. 2. Solicitud de tutela

Por lo expuesto, el accionante solicitó al juez de tutela que para la justiciabilidad de sus derechos procediera a dejar sin efecto la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del 17 de febrero de 2011, mediante la cual se revocó la decisión de primera instancia y se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él iniciado y que, en su lugar, se confirmara en su integridad la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 16 de agosto de 2007, que declaró la nulidad del acto administrativo de insubsistencia y ordenó su reintegro al cargo.[7]

2.3. Trámite procesal e intervención de las entidades accionadas

La acción de tutela fue tramitada en primera instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que, por auto del 1 de abril de 2011, admitió la demanda, ordenó notificarla a la Subsección C de la Sección Segunda de esa misma Corporación y dispuso la vinculación del Director del Departamento Administrativo de Seguridad, como tercero interesado en las resultas del proceso.

2.3.1. Sección Segunda del Consejo de Estado

2.3.1.1. La Sección Segunda del Consejo de Estado intervino en el proceso para señalar que la acción de tutela sólo procedía de manera excepcionalísima para controvertir providencias judiciales, en virtud de la protección que ameritan los principios de seguridad jurídica y debido proceso, por lo que no podía constituirse en una especie de tercera instancia. En ese contexto, puntualiza que las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, como órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, tienen el carácter de definitivas, intangibles e inmodificables.

2.3.1.2. Por otra parte, sostiene que en la sentencia impugnada se hizo un análisis ponderado y razonable en torno a la legalidad de la resolución demandada. Pone de presente, además, que es preciso tener en cuenta que en

[6] Folio 258, Cuaderno 1, expediente original del proceso.
[7] Folio 1, Cuaderno 1.

el caso concreto no cabe dar aplicación al precedente contenido en la Sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010, como quiera que, en relación con los empleados del DAS, existe norma expresa que habilita o autoriza al nominador a retirar del servicio a un empleado provisional[8], cual es el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989.

2.3.1.3. Por último, expresa que, si bien existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad, la omisión del mismo comporta el incumplimiento de un deber funcional del empleado, pero en ningún caso es causal para la anulación del respectivo acto administrativo[9]. Añade que la situación sería diferente si el acto en cuestión se hubiese expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004, a partir de la cual expresamente se exige la motivación del acto de desvinculación de las personas nombradas en provisionalidad.

2.3.2. Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)

2.3.2.1. En respuesta al requerimiento judicial, el Departamento Administrativo de Seguridad afirmó que, en atención a que corresponde al Director de esa entidad la ponderación de las razones de conveniencia del servicio para el retiro de personal, es lógico que el acto de insubsistencia sea inmotivado. En ese entendido, expresó que no es requisito condicionante de la validez del acto de desvinculación la exposición de los motivos que conducen al mismo, como tampoco lo es el dejar constancia de las razones de esa medida en la hoja de vida del respectivo servidor público.[10] Así pues, expresó que la decisión del Consejo de Estado, que fue impugnada por vía de la acción de tutela, se encontraba ajustada a la legalidad y había sido adoptada con plena observancia de las garantías procesales y del debido proceso.

2.3.2.2. En ese contexto, solicita la declaratoria de improcedencia de la tutela, pues, como ya se vio, es claro que, a través de ella, se está tratando de proponer una tercera instancia, solamente para revivir un proceso concluido en el que ambas partes tuvieron la oportunidad de pronunciarse, sin que sea posible predicar del fallo una vía de hecho.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Pese a que en la demanda de tutela figura un acápite de pruebas con una relación de documentos que se adjuntan al proceso, lo cierto es que no se advierte su presencia física en el expediente contentivo de la acción que fue remitido a esta Corporación.

[8] Folio 43 Cuaderno 1.
[9] Folio 44, Cuaderno 1.
[10] Folio 48, Cuaderno 1.

3. Expediente T-3.347.236

El señor Luis David Lascarro Galeano, actuando por medio de apoderado, presentó tutela contra el Tribunal Administrativo del Bolívar, en razón a la sentencia del 10 de febrero de 2011 que, en su criterio, desconoció su derecho fundamental al debido proceso, al no haber aplicado el precedente de la Corte Constitucional relativo a la desvinculación de provisionales. La solicitud de amparo se apoya en los siguientes

3.1 Hechos

3.1.1. Mediante Resolución No. 00624 del 21 de junio de 2000, el accionante fue nombrado en provisionalidad en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) como Jefe de Centro, Grado 3, hasta que su nombramiento que fue declarado insubsistente por medio de Resolución No. 0340 del 26 de marzo de 2003, sin que dicho acto fuera motivado. La última asignación básica que percibió ascendía a la suma de $2.561.846.

3.1.2. El accionante inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo referido, para solicitar su reintegro al cargo, sobre la base de que el acto de desvinculación, al carecer de motivación, había sido irregularmente expedido y había incurrido en una desviación de poder.

3.1.3. En primera instancia, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia del 17 de julio de 2009, accedió a las pretensiones del actor, puesto que encontró que "(…) *desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, por consiguiente, no le asistía fuero de estabilidad alguno, pero si existía la necesidad de que el nominador motivara su desvinculación expresamente, o por lo menos, que se consignara su causa en la respectiva hoja de vida, tal y como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional, quien en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido, posición jurídica que este despacho judicial acoge en su integridad."*[11] Concluyó el Juzgado que la Administración había incurrido en el vicio de falta de motivación, cuestión que dejaba en situación de indefensión al interesado y desconocía su derecho al debido proceso, motivo por el cual procedió a la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación.

La anterior decisión fue apelada por el SENA, quien afirmó que el accionante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo cual el retiro era discrecional del nominador y no requería de motivación. Alegó que, en todo caso, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, permitía declarar insubsistente un nombramiento ordinario o provisional sin tener que motivar el acto.

[11] Folio 53, Cuaderno 1.

3.1.4. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Bolívar, en sentencia del 10 de febrero de 2011, revocó la sentencia del *a quo*, luego de hacer un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la materia, decidiendo acoger la del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a partir de la previsión del artículo 230 de la Constitución Política, que consagra la autonomía judicial, y le da al precedente sólo la calidad de un criterio auxiliar de la justicia. Sobre esa base, concluye que al demandante le era aplicable el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, según el cual el acto de su desvinculación no requería ser motivado[12].

3.2. Solicitud de tutela

El actor solicitó al juez de tutela la protección íntegra de sus derechos fundamentales, de suerte que ordenara dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Bolívar y procediera a confirmar la sentencia de primera instancia del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

3.3. Trámite procesal e intervención de las entidades accionadas

Del mecanismo de amparo constitucional conoció la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que, por medio de auto del 30 de junio de 2011, admitió la demanda y ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Bolívar, dándole la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Posteriormente, luego de ser derrotada la ponencia de la Consejera Ponente, el caso fue repartido al Consejero que seguía en lista, quien, por medio de auto del 12 de agosto de 2011, notificó al Servicio Nacional de Aprendizaje para que tuviera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en cuanto podría verse afectado por el fallo.

3.3.1. Tribunal Administrativo de Bolívar

3.3.1.1. El titular del despacho que había actuado como Magistrado Ponente de la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, ahora impugnada, intervino para solicitar que se declarara la improcedencia de la acción de tutela en este caso.

3.3.1.2. Expuso, en primer lugar, que si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional establece que la declaratoria de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad ha de ser motivada, la misma no constituye un precedente obligatorio, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 243 de la Constitución Política y 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias de la Corte sólo tienen efectos *inter pares*.

[12] Folio 91, Cuaderno 1.

3.3.1.3. Asimismo, argumentó que la sentencia del Tribunal no carece de fundamento legal, ni obedece al mero arbitrio del juez colegiado, sino que, por el contrario, parte de una interpretación razonable de la ley.

3.3.2. Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)

3.3.2.1. En su escrito de intervención, el Servicio Nacional de Aprendizaje sostuvo que la acción de tutela es improcedente, *prima facie*, contra providencias judiciales y solamente cabe en el evento en que éstas se profieran sin fundamento o justificación, de manera que obedezcan a actuaciones caprichosas y arbitrarias del juez natural. Tales notas características, valga anotar, no se presentan en relación con la sentencia del Tribunal que acogió el precedente del Consejo de Estado sobre la materia.

3.3.2.2. Puso de presente, además, que la naturaleza del cargo que ocupaba el actor era de libre nombramiento y remoción, cuestión que daba a entender que aquél no ocupaba en provisionalidad el cargo de carrera y que podía ser desvinculado en cualquier momento sin necesidad de motivar el acto.

3.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Las pruebas adjuntadas al proceso de tutela fueron las siguientes:

a. Copia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Luis David Lascarro Galeano contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, en la cual se solicita la nulidad de la Resolución 00340 del 26 de marzo de 2003 (folio 23-33, Cuaderno 1).

b. Copia de la Resolución 0624 del 2000 del Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, por medio de la cual se realiza el nombramiento ordinario al accionante en el cargo de Jefe de Centro Grado 03 (folio 34, Cuaderno 1).

c. Copia del Acta de Posesión del cargo para el cual fue nombrado por medio de Resolución 0624 de 2000 (folio 35, Cuaderno 1).

d. Copia de la Resolución 0340 de 2003 del Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, por medio de la cual fue declarado insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Jefe de Centro Grado 03, sin que conste motivación alguna en el acto (folio 36, Cuaderno 1).

e. Copia de la constancia de ejecutoria de la Resolución 0340 de 2003, emitida por el Jefe de la División de Recursos humanos del SENA (folio 37, Cuaderno 1).

f. Copia del derecho de petición presentado por el accionante al SENA el primero de abril de 2003, por medio del cual se solicita que se motive el acto que lo declara insubsistente (folio 38-39, Cuaderno 1).

g. Copia de la respuesta al derecho de petición del actor, en la cual la entidad establece que en virtud del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, el Gobierno tiene la facultad discrecional de nombrar y remover libremente a sus empleados, sin motivar dichos actos (folio 40, Cuaderno 1).

h. Copia de la constancia emitida por el Grupo de Control Interno Disciplinario del SENA, en la cual le ponen de presente que no se adelanta investigación disciplinaria contra el actor, ni se ha proferido sanción alguna (folio 41, Cuaderno 1).

i. Copia de la sentencia del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena del 17 de julio de 2009, en la cual decide en primera instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por el señor Luis David Lascarro Castillo contra el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, por la Resolución No. 0340 del 26 de marzo de 2003 (Folio 42-72, Cuaderno 1).

j. Copia de la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar del 10 de febrero de 2011, en la cual decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, el 17 de julio de 2009 (Folios 73-93, Cuaderno 1).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Expediente T-3.275.956

1.1. El 31 de marzo de 2011, la Sección Cuarta del Consejo de Estado denegó por improcedente la solicitud de amparo, bajo la consideración de que la misma estaba dirigida "(…) *contra un fallo dictado por un órgano de cierre en ejercicio de las funciones que, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, le confieren la Constitución Política y la ley, razón por la cual sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables, a través de este mecanismo de carácter subsidiario y residual*."[13]

1.2. Dicha decisión fue impugnada por el accionante, quien manifestó que es claro que la sentencia del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa incurrió en un defecto fáctico y, de paso, desconoció el precedente jurisprudencial. Frente al defecto fáctico, sostuvo que éste se

[13] Folio 174, Cuaderno 1.

presentó al no haberse declarado la nulidad del acto administrativo, cuya falta de motivación se encontraba plenamente acreditada en el proceso. En cuanto hace al desconocimiento del precedente constitucional, adujo que reiterada y abundante ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en manifestar que los actos de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad deben ser motivados. A título ilustrativo, cita, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010, T-341 de 2008, T-437 de 2008, T-580 de 2008, T-891 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009, T-186 de 2009, y T-736 de 2009.

1.3. La Sección Quinta del Consejo de Estado, al resolver la impugnación el 13 de octubre de 2011, decidió modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de rechazar la acción de tutela por improcedente. Para ello, argumentó que, como regla general, la tutela contra providencias judiciales es improcedente y que, por tanto, sólo en situaciones excepcionalísimas, cuando haya un ostensible, grave y desproporcionado vicio procesal que afecte en grado sumo el derecho de acceso a la administración de justicia, podría llegar a proceder el mecanismo excepcional. Postura que, según advierte la Sección, se orienta por garantizar la prevalencia de los valores de seguridad jurídica y de cosa juzgada.

2. Expediente T-3.319.445

2.1. El 5 de mayo de 2011, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó por improcedente la protección impetrada, al considerar que, cuando la tutela se dirige contra providencias judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, no hay lugar a ejercer el mecanismo subsidiario. A su juicio, lo que el actor pretende es que se realice un nuevo estudio de los fundamentos jurídicos y fácticos de las providencias impugnadas, con el fin de obtener un nuevo fallo que reviva un proceso que ya había concluido con el pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

2.2. La anterior decisión fue recurrida por parte del accionante, quien manifestó que la tutela no deviene improcedente en el caso concreto, como quiera que el artículo 86 de la Constitución no establece límites en cuanto a las autoridades estatales contra las cuales se puede interponer la tutela. Acto seguido, señaló que la sentencia cuestionada soslayó la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, motivo por el cual resulta pertinente proteger sus derechos fundamentales, revocando la decisión del *a quo.*

2.3. La Sección Quinta del Consejo de Estado, el 3 de noviembre de 2011, al resolver la impugnación, decidió modificar la sentencia de primera instancia y,

en su lugar, rechazar la tutela. Para ese efecto, ratificó la tesis de la improcedencia del recurso de amparo contra sentencias judiciales, excepto cuando sea claro que la providencia acusada contiene un vicio ostensiblemente grave y desproporcionado, con suficiente identidad para lesionar los derechos de acceso a la administración de justicia o al debido proceso. Finalmente, concluyó que nada de lo esbozado se evidenciaba en el caso sometido a su estudio, puesto que la decisión de la Corte Constitucional, de la que se apartó el Consejo de Estado, está contenida en una sentencia que sólo producía efectos *inter pares* y que, por tanto, no vinculaba la posición del tribunal de cierre.

2.4. Es de resaltar que el Consejero de Estado Alberto Yepes Barreiro presentó salvamento de voto, pues *"además de compartir las razones jurídicas que han llevado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional a concluir que a la Administración Pública le asiste el deber de motivar este tipo de actos administrativos, es respetuoso de la Corte Constitucional como órgano supremo de cierre, no sólo en asuntos de constitucionalidad de las leyes, sino también en materia de derechos fundamentales*"[14]. Desde esa perspectiva, puntualizó que las diferencias en la jurisprudencia de los distintos órganos de cierre generan un escenario de mayor inseguridad jurídica y desigualdad, por lo cual consideró que en el caso concreto no solamente procedía la tutela, sino que también debía concederse la protección en ella solicitada.

3. Expediente T-3.347.236

3.1. Frente a la acción de tutela de la referencia, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 15 de septiembre de 2011, negó el amparo deprecado. Para ello, realizó un estudio de la jurisprudencia constitucional acerca de los requisitos de procedibilidad de la tutela contra sentencias y de aquella relativa a los defectos o vicios en que pueden incurrir las providencias que conllevan una violación al debido proceso.

3.2. Al abordar el estudio del caso concreto, en el que encontró superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, pasó a hacer el estudio de fondo. En lo referido al desconocimiento del precedente, encontró que la sentencia acusada acogía por entero la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual, antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y del Decreto 1227 de 2005, no existía la obligación de motivar el acto de retiro de un empleado vinculado en provisionalidad. Por esa razón, concluye que al actor no se le desconoció su derecho al debido proceso, puesto que la decisión administrativa se ajustó al criterio del juez natural y, en ese sentido, no representa una afrenta a la igualdad en el tratamiento ante la ley, encontrando, entonces, que la decisión del Tribunal de Bolívar fue razonada,

[14] Folio 212, Cuaderno 1.

no teniendo el juez de tutela por qué inmiscuirse en la autonomía e independencia del juez.

3.3. La Consejera de Estado Bertha Lucía Ramírez Páez aclaró el voto, en el sentido de que, si bien estaba de acuerdo con la decisión final, no compartía la posición mayoritaria de la Sala acerca de la tutela contra providencias judiciales, pues considera que "*intervenir en el sentido de la interpretación y aplicación que de la norma hace el Juez Natural viola sus atributos esenciales (…)*"[15].

3.4. La sentencia de primera instancia fue inicialmente impugnada, pero, con posterioridad, el apoderado del accionante envió memorial en el que afirmó que no deseaba continuar con dicho trámite. Lo anterior, fue interpretado como un desistimiento por parte del Consejero Ponente, quien, mediante auto del 18 de noviembre de 2011, lo aceptó y procedió a enviar el expediente a esta Corporación para su eventual revisión.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitidos los expedientes de tutela de la referencia a esta Corporación, la Sala Número Uno de Selección, mediante auto del 31 de enero de 2012, dispuso su revisión por parte de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, así como su respectiva acumulación.

1. Competencia

1.1. Esta Corte es competente para conocer de los fallos de tutela materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes, así como por su escogencia por parte de la Sala de Selección.

1.2. Debe anotarse, igualmente, que, en aplicación del artículo 54A del Reglamento Interno de esta Corporación, la Sala Plena asumió la competencia del caso y que, mediante Auto del 29 de febrero de 2012, se puso el expediente a disposición de la misma, suspendiendo los términos mientras se adopta la decisión final.

2. Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional

2.1. Con el fin de allegar información relevante que orientara la decisión por adoptar, mediante auto del 7 marzo de 2012, el magistrado sustanciador resolvió solicitar, en calidad de préstamo, los expedientes de los respectivos

[15] Folio 173, Cuaderno 1.

procesos de nulidad y restablecimiento del derecho a los juzgados de primera instancia, encargados de su archivo.

2.2. Por medio de oficio del 13 de marzo de 2012, el Oficial Mayor del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda -Subsección A- remitió a esta Corporación el expediente No. 2003-0934, contentivo del proceso que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Ricardo Manuel Rodríguez Suárez contra el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que consta de dos cuadernos de 139 y 234 folios.

2.3. Igualmente, dicha entidad remitió el expediente No. 2004-2444, contentivo del proceso que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Fernando Otálora Hernández contra la Fiscalía General de la Nación, que consta de dos cuadernos de 533 y 411 folios.

2.4. A través de oficio del 20 de marzo de 2012, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito remitió a la Secretaría General de esta Corporación el expediente número 001-2331-003-2003-1026 contentivo del proceso que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que activó Luis David Lascarro Castillo contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que consta de un cuaderno de 367 folios.

2.5. En calidad de pruebas, dichos procesos fueron incorporados a los expedientes de tutela correspondientes, teniéndose como parte integral de los mismos para efectos del trámite de revisión.

3. Consideraciones

3.1. Delimitación del Problema Jurídico y Esquema de Resolución

3.1.1. En la presente causa le corresponde a la Corte establecer si los fallos objeto de revisión desconocen el precedente constitucional relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro de empleados públicos, vinculados a cargos de carrera en provisionalidad, y si, por tanto, los mismos se inscriben en alguna de las causales específicas de procedibilidad de tutela contra sentencias judiciales, en cuanto desconocen los derechos de los actores al debido proceso y de acceso a la administración de justicia y, como consecuencia, sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral.

3.1.2. Para resolver el mencionado problema jurídico, le corresponde a la Sala abordar el estudio de los siguientes temas: la procedencia de tutela contra providencias judiciales *(3.2)*; el desconocimiento del precedente de la Corte

Constitucional como causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales *(3.3)*; el deber de motivar los actos administrativos *(3.4)*; la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera *(3.5.)* y los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad *(3.6)*. A partir de las anteriores consideraciones se procederá a resolver, uno a uno, los casos concretos.

3.2. Procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

3.2.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela es un mecanismo sumario, preferente y subsidiario de defensa judicial cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y en la Ley.

3.2.2. Tal y como se estableció en la Sentencia C-543 de 1992, por regla general, la tutela es improcedente cuando mediante ella se pretende cuestionar providencias judiciales, debido a la prevalencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, y a la garantía procesal de la cosa juzgada. Sobre el particular, en esa providencia se dejó en claro que:

> "*La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.*
>
> *Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho."*[16]

[16] Sentencia C-543 de 1992.

3.2.3. Sin embargo, en dicha oportunidad también se estableció que "*de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales* (…)"[17]. De modo que, si bien se entendió que, en principio, la acción de amparo constitucional no procedía contra providencias judiciales, excepcionalmente, su ejercicio era viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se vislumbrara la violación o amenaza de un derecho fundamental.

3.2.4. A partir de lo allí decidido, la jurisprudencia constitucional desarrolló el criterio conforme al cual el supuesto de hecho que daba lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configuraba cuando la actuación judicial incurría en una desviación de tal magnitud que el acto proferido no merecía la denominación de providencia judicial, pues había sido despojada de dicha calidad. En desarrollo de lo expuesto, se determinó que el ordenamiento jurídico no podía amparar situaciones que, cobijadas, en principio, por el manto del ejercicio autónomo de la función judicial, comportaban una violación protuberante de la Constitución y, en especial, de los bienes jurídicos más preciados para el hombre (derechos fundamentales). Esta figura se dio en denominar una *"vía de hecho"* y su posterior desarrollo llevó a determinar la existencia de varios tipos de vicios o defectos, entre los cuales se encuentran el sustantivo, el orgánico, el fáctico o el procedimental.

3.2.5. Con posterioridad, la Corte, en la Sentencia C-590 de 2005[18], si bien afirmó, como regla general, la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, con el fin de resguardar el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, también aceptó, en concordancia con la jurisprudencia proferida hasta ese momento, que en circunstancias excepcionales sí era procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se verificaba la vulneración de derechos fundamentales y se acreditaba el cumplimiento de ciertos requisitos que demarcaban el límite entre la protección de los citados bienes jurídicos y los principios y valores constitucionales que resguardan el ejercicio legítimo de la función judicial. Dichos requisitos fueron divididos en dos categorías, siendo unos *generales*, referidos a la procedibilidad de la acción de tutela y los otros *específicos*, atinentes a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso.

[17] Ídem.
[18] En esta oportunidad, la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que proscribía cualquier acción contra la sentencia que resolviera el recurso extraordinario de casación en materia penal.

3.2.5.1. En cuanto a los *requisitos generales*, la Corte ha identificado que son aquellos cuyo cumplimiento se debe verificar antes de que se pueda estudiar el tema de fondo, pues habilitan la procedencia de la acción de amparo constitucional: *(i)* que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; *(ii)* que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; *(iii)* que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; *(iv)* en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; *(v)* que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible y, *(vi)* que el fallo impugnado no se trate de una acción de tutela.

3.2.5.2. Por lo que hace a los *requisitos específicos*, éstos fueron unificados en las denominadas causales de procedibilidad[19], a partir del reconocimiento de los siguientes defectos o vicios: orgánico[20], sustantivo[21], procedimental[22] fáctico[23], error inducido[24], decisión sin motivación[25], desconocimiento del precedente constitucional[26] y violación directa a la Constitución.

3.2.6. En suma, por regla general, debido a la necesidad de salvaguardar el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales. Sin embargo, excepcionalmente, se ha admitido esa posibilidad cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela y la providencia acusada incurre en algunas de las causales específicas que han sido previamente señaladas.

---

[19] Es de anotar que la jurisprudencia en torno a las vías de hecho evolucionó para comprender situaciones que no despojaban a la providencia de su condición de tal, pero que aún llevaban a un desconocimiento de derechos fundamentales, por lo cual se cambió el vocablo de vía de hecho por causal específica de procedibilidad. (Sentencias T-774 de 2004 y T-453 de 2005, entre otras).

[20] Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece –absolutamente– de competencia para ello. (Sentencia C-590 de 2005).

[21] Aquellos casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, no se hace uso de una norma que claramente aplicaba al caso o que presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Sentencia C-590 de 2005).

[22] Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (Sentencia C-590 de 2005).

[23] Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (Sentencia C-590 de 2005).

[24] Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y esa circunstancia condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (Sentencia C-590 de 2005).

[25] Se traduce en el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que allí reposa la legitimidad de su decisión funcional. (Sentencia C-590 de 2005).

[26] 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. (Sentencia C-590 de 2005).

3.3. El desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

3.3.1. Como fue expuesto en precedencia, una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, es el desconocimiento del precedente establecido por la Corte Constitucional derivado de la aplicación directa de una regla que tiene su origen en la propia Carta Política y cuya infracción conduce a la vulneración de una norma de raigambre superior.

3.3.2. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, la función judicial ha de ejercerse en cumplimiento de los principios de independencia y autonomía. Con todo, la Corte ha definido el carácter vinculante del precedente constitucional, por virtud de la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, la protección del derecho a la igualdad y la salvaguarda de la buena fe y la confianza legítima[27]. Por esta razón, los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente establecido por esta Corporación, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación en un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación[28].

3.3.3. En los citados términos, el precedente constitucional asegura la coherencia del sistema jurídico, pues permite determinar de manera anticipada y con plena certeza la solución aplicada a un determinado problema jurídico, de suerte que los sujetos están llamados a ajustar su actuar a las normas y reglas que los regulan, en concordancia con la interpretación que se ha determinado acorde y compatible con el contenido de la Constitución Política. Por lo demás, la aplicación del precedente garantiza la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho[29].

---

[27] Sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, T-522 de 2001, T-468 de 2003, T-838 de 2007, T-109 de 2009, C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

[28] Sentencias T-1025 de 2002 y T-468 de 2003. Precisamente, en la última de las citadas sentencias, se dispuso que: "*En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.*"

[29] En relación con este punto, la Corte ha sostenido que: "*Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a*

3.3.4. Precisamente, esta Corporación ha establecido que: *"[e]l artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a 'acceder' igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales*."[30]

3.3.5. Para efectos de delimitar el alcance de esta causal, se han identificado cuatro escenarios en los que cabe señalar que se desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ***(i)*** Cuando se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; ***(ii)*** Cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; ***(iii)*** Cuando se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad; y ***(iv)*** Cuando se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela[31].

3.3.6. El último de los referidos escenarios se refiere a la situación en la cual ésta Corporación ha definido el alcance de un derecho fundamental en la *ratio decidendi* de sentencias de tutela, a partir de la determinación de sus elementos esenciales derivados de la interpretación de una norma constitucional, circunstancia de la cual se deriva una limitación al ámbito de autonomía en el ejercicio de la función judicial.

3.3.7. Para efectos de dotar de contenido a la situación descrita, se ha de entender que la *ratio decidendi* "*i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una*

---

todas las autoridades publicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. // Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual. / /De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento". (Sentencia T-1025 de 2002).

[30] Sentencia C-104 de 1993.

[31] Ver Sentencia T-1092 de 2007.

regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella".[32]

3.3.8. En conclusión, en aras de proteger la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, los principios de confianza legítima y de la buena fe, y el derecho a la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia, es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El cumplimiento de esta obligación adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, básicamente por el rol de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional reconocido a la Corte en el artículo 241.9 de la Constitución. Bajo ese enfoque, la regla jurídica contenida en la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela ha de ser aplicada por todas las autoridades judiciales, en aquellos casos que tengan iguales supuestos de hecho a los que fueron objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación. De lo anterior se deriva que el desconocimiento del precedente constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando el juez competente no haya dado cumplimiento a la carga argumentativa necesaria que justifique su inaplicación en casos concretos.

3.4. El deber de motivación de los actos administrativos

3.4.1. Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta Corporación[33] ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

3.4.2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.

3.4.3. Sin embargo, cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas

[32] Sentencia T-117 de 2007.
[33] Sentencia SU-250 de 1998.

excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.

3.4.4. En conclusión, "*en primer lugar, (…) 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. En segundo lugar, porque 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, en tercer lugar, 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 la parte que consagra: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales" y del artículo 123 en la parte que indica: "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad". En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (…)"*[34].

3.5. Estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera

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

3.5.2. Con base en lo anterior, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como "*(…) un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice*

[34] SU-250 de 1998

la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna." Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado[35].

3.5.3. Entre esos dos tipos de cargos se encuentran los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro sólo se podrá hacer "*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*"[36]. Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos.

Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción implican una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones *intuito personae*, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo. El retiro de dichos cargos es igualmente discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspira en su nominador, aspecto que no es posible medir de manera objetiva, sino que depende de un aspecto subjetivo a evaluar en cada caso concreto.

3.5.4. Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia[37]. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

3.5.5. Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una

[35] Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.
[36] Inciso 5 del artículo 125 de la Constitución Política.
[37] T-1206 de 2004

necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe "*atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo*[38]."[39] En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

3.5.7. Ahora bien, dada la anterior exigencia, se considera que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo[40]. El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal

---

[38] *Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: "En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar." A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: "La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado." Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.*

[39] C-279 de 2007.

[40] Dichas apreciaciones son válidas tanto para el texto del Decreto 1 de 1984, como para la Ley 1437 de 2011, dado que el sentido de las disposiciones se mantuvo, al insistir que son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.

decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación.

3.5.8. Es importante aclarar que dicha interpretación, respecto a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogida por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, "[e]*s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.*"

Dicha regulación ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, en los siguientes términos:

> "*La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO , de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*
>
> *Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de*

> *carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998".*[41]

3.5.9. Así las cosas, se debe entender que, con base en la Constitución Política, como manifestación de algunos de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en especial los que propugnan por la igualdad, la prosperidad y la protección al sistema de carrera como regla general para ingresar al servicio público, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Así quedó expresamente consagrado en la Ley 909 de 2004; y, por tanto, es claro que, antes y después de la existencia de normatividad expresa, el desconocimiento de dicho deber de motivar este tipo de actos administrativos constituye un vicio de nulidad.

3.5.10. En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.

3.6. Efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación. Definición de la regla indemnizatoria

3.6.1. Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce el desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

3.6.2. En ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación

[41] Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento.

3.6.2.1. En un primer momento, entre los años 1998 y 2003, la Corte, por vía de la acción de tutela, asumió el conocimiento de este tipo de casos, como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, a partir del carácter subsidiario del amparo constitucional y de la consideración en torno a la existencia en el ordenamiento de otros medios de defensa judicial a los cuales se podía acudir para demandar la protección de los derechos afectados. Conforme con ello, la decisión de protección impartida por la Corte en esta primera etapa, se limitó a ordenar el reintegro del servidor público al cargo del cual se había desvinculado, manteniendo vigencia dicha orden hasta tanto el asunto fuera resuelto por la autoridad competente. Así se decidió, por ejemplo, en las Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002 y T-752 de 2003.

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

3.6.2.3. Finalmente, a partir de la Sentencia T-108 de 2009, la Corte retomó la línea inicial, en virtud de la cual se dispone el reintegro a sus cargos de los servidores públicos en provisionalidad que han sido desvinculados sin motivación. En esa sentencia, sin embargo, sin incorporar consideración al respecto en la parte motiva, se incluyó en la parte resolutiva la orden conforme a la cual el reintegro que se disponía para la persona entonces afectada, debía producirse *"sin solución de continuidad"* lo cual implica que deben pagarse los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta el reintegro. Desde entonces la Corte ha venido conociendo este tipo de asuntos, particularmente cuando se trata de desvinculaciones proferidas con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004, sobre la base de que ya se ha agotado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin que allí se obtuviera la protección de los derechos que de acuerdo con la

jurisprudencia constitucional habían sido vulnerados por el acto respectivo. En esos casos, se ha considerado necesario ordenar la nulidad del acto de desvinculación que no había sido motivado, en aras de proteger los derechos a la estabilidad laboral, la igualdad y el debido proceso. Consecuentemente, se ha ordenado el restablecimiento de dichos derechos, con el fin de retrotraer los efectos del acto viciado y que el funcionario público quedara en la misma posición en la que estaba antes de proferirse éste. En tal sentido, se ha ordenado el reintegro de los funcionarios y el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta su efectivo reintegro.

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

En esa oportunidad, la Sala Plena, después de reiterar la tesis sobre la estabilidad laboral relativa de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, procedió a evaluar las herramientas que tenía su alcance para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados. De esa forma, trajo a colación tres hipótesis sobre posibles medidas que podían ser aplicadas según las especificidades del asunto. Sobre el particular, la providencia en cita señaló:

> *"(…) La primera hipótesis se presenta cuando en el proceso ordinario o ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional*[42]*.*
>
> *La segunda hipótesis se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.*
>
> *Finalmente, la tercera hipótesis se presenta cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada.*

[42] En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003.

> *En estos eventos el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad*[43] *".*

Así pues, la primera de las hipótesis fue objeto de aplicación en varios de los casos al acreditarse que las decisiones de instancia adoptadas habían acogido, por entero, el precedente fijado por la Corte Constitucional. En consecuencia, la Sala Plena ordenó dejar en firme aquellas decisiones que declararon la nulidad de los actos reprochados, así como el restablecimiento de los derechos de los peticionarios. Cabe observar que, de acuerdo con la consecuencia que, de ordinario se atribuye a las decisiones que declaran la nulidad de los actos por medio de los cuales se ha desvinculado a un servidor público, lo que procede es el reintegro al cargo, sin solución de continuidad y con el consiguiente pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta el reintegro.

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

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

En ese escenario, en la sentencia se dispuso conceder la tutela y ordenar el reintegro del accionante al cargo que desempeñaba al momento de su retiro,

[43] En general pueden consultarse las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: Sentencias SU-1158 de 2003, T-951 de 2003, Autos 235 de 2003, 149A de 2003, 010 de 2004, 127 de 2004, 141B de 2004, 085 de 2005, 96B de 2005, 184 de 2006, 249 de 2006, 045 de 2007 y 235 de 2008, entre otros.

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

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

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

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

En esta oportunidad la Corte introdujo un nuevo componente a las reglas de decisión que habían venido gobernando la materia, al disponer, acogiendo una precisión que había sido desarrollada en una línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, debía acompañarse con una previsión sobre la necesidad de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, por considerar que sólo así se ajustaba la orden al artículo 128 Superior. De este modo, la Corte, al paso que dispuso el

reintegro de los accionantes y el consiguiente pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, también ordenó a las respectivas entidades accionadas que descontasen las sumas que hubieren devengado los peticionarios, provenientes del Tesoro Público, entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo, según el caso.

3.6.2.3.4. Por otro lado, en la Sentencia T-961 de 2011[44], la Sala Cuarta de Revisión también admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales e hizo hincapié en el deber del nominador de motivar los actos administrativos de desvinculación de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, con motivo de un caso similar al expuesto en los numerales anteriores, en el que un Fiscal Delegado ante Jueces Especializados de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, designado con carácter provisional, fue declarado insubsistente por el Fiscal General de la Nación a través de acto administrativo carente de motivación.

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

3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la

[44] Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

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

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

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

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

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el

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

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

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

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se

prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que "*dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*"[45]

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

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

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

[45] Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

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

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

3.6.3.6.1. El Decreto Ley 1222 de 1993[46] en su artículo primero dispone que:

> *"Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador lo prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. De esta situación informará a la Comisión del Servicio Civil correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes, a efectos de que se ejerza la vigilancia a que hay lugar. Cuando se efectúe un encargo o se produzca un nombramiento provisional en un cargo de carrera, por encontrarse vacante definitivamente o por ser un cargo nuevo, el jefe del organismo deberá convocar a concurso dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento*."

3.6.3.6.2. En sus artículos 8 al 10, la Ley 443 de 1998 contempla que:

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

[46] "*Artículo 1º Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador lo prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. De esta situación informará a la Comisión del Servicio Civil correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes, a efectos de que se ejerza la vigilancia a que hay lugar. // Cuando se efectúe un encargo o se produzca un nombramiento provisional en un cargo de carrera, por encontrarse vacante definitivamente o por ser un cargo nuevo, el jefe del organismo deberá convocar a concurso dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento*."

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

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

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

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

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

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

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

Cuando por circunstancia debidamente justificada ante la respectiva Comisión del Servicio Civil, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de

los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse previa autorización de la respectiva Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

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

3.6.3.6.3. Finalmente, los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, establecen que:

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

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

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

Artículo 25. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

3.6.3.7. Las normas que se han transcrito, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.

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

3.6.3.9. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.

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

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

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

De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual. La solución propuesta invierte la lógica de las cosas, puesto que, justamente, nuestro modelo constitucional parte de la presunción general sobre la capacidad de las personas para definir el rumbo de su vida y para atender por sí mismas sus necesidades vitales. En ese contexto, no es de recibo una cuantificación de la indemnización por la injusta terminación del vínculo laboral, que tenga como

punto de partida la consideración implícita conforme a la cual, a partir del acto de desvinculación, y hasta tanto se produzca el reintegro, cesó la obligación de la persona de asumir la responsabilidad de generar sus propios ingresos.

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

3.6.10.1. Para ilustrar lo anterior, se hace menester recordar que de acuerdo con los artículos 1 y 25 de la Constitucional Política, el trabajo no sólo se constituye como un derecho, sino como una obligación social. Esta Corporación ha reconocido que *"(…) el derecho al trabajo adopta una triple naturaleza constitucional, i) como un valor fundante de nuestro régimen democrático y del Estado Social de Derecho, ii) como un derecho fundamental de desarrollo legal y iii) como una obligación social (arts 1, 25 y 53 C.P.)*[47]*. Desde esa perspectiva y sin que ello lo convierta en un derecho absoluta*[48]*, el trabajo es objeto de una especial salvaguarda por parte del*

---

[47] "*Artículo 1º.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general // Artículo 25.- El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. // Artículo 53.- El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: // Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. // El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. // Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. // La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."*

[48] La Corte ha señalado al respecto reiteradamente que *"no puede impedirse el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, ni la consecución de las finalidades sociales del Estado, y por ende la primacía de los derechos e intereses generales, so pena de hacer prevalecer los derechos individuales; igualmente, tampoco existen derechos absolutos, en la medida en que todos están supeditados a la prevalencia del interés colectivo."(...)"* Sentencia T1020/99 M.P Vladimiro Naranjo Mesa. Antonio Barrera Carbonell En el mismo sentido ver entre otras las Sentencias SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-069/01 y C-313/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-107/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-916/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-717/03 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-870/03 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-043/03 y C-314/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Estado, no sólo por razón de esa particular naturaleza, sino porque permite poner de realce la primacía de otros principios igualmente protegidos, como el respecto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas que como trabajadores adelantan una actividad tendiente a desarrollar su potencial físico o mental, en aras de la provisión de los medios necesarios para su subsistencia y sostenimiento familiar[49]*.*"[50]

3.6.10.2. En esta misma línea, se ha definido que *"El trabajo, como valor fundante del orden constitucional, derecho fundamental del individuo y obligación social dentro del Estado Social de Derecho es toda actividad humana libre, voluntaria y lícita que una persona, en forma dependiente o subordinada, o independientemente, realiza de manera consciente en favor de otra natural o jurídica. En estas circunstancias, el trabajo no sólo responde a la necesidad de cada persona de procurarse unos ingresos económicos para atender a su propia subsistencia y a la de su familia, según sus capacidades y las oportunidades que le ofrezca el mercado laboral, de lograr unas metas u objetivos acordes con sus particulares intereses y aspiraciones dentro del ámbito de su autonomía personal, sino en el deber social de contribuir con su trabajo al desarrollo económico, social y cultural de la comunidad de la cual hace parte.*"[51]

3.6.10.3. Asimismo, la Corte estableció que "*el trabajo es una herramienta necesaria para la paz, por cuanto implica un movimiento perfeccionador que el hombre aporta a la comunidad, es decir, el trabajo es trascendente, debe construir la armonía social y no prestarse a la violencia -antítesis de la paz-. Ahora bien, el trabajador en Colombia debe cumplir con los deberes prescritos para la persona y el ciudadano, tal como lo dispone el artículo 95 de la Constitución Política (...)*".[52]

3.6.10.4. Es decir, de acuerdo con la Constitución Política, la persona no solo tiene el derecho al trabajo, sino también la carga de procurarse los medios económicos para su auto-sostenimiento y, de ese modo, para asumir la responsabilidad de su propio destino, contribuyendo al desarrollo de la sociedad por medio de la realización de la actividad lícita que elija ejercer libre y voluntariamente. Así, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, la persona debe asumir la carga de su propio sostenimiento, sin pretender que sea el empleador quien la asuma, por la totalidad del periodo que permanezca desvinculado, y sin que haya desplegado acción alguna tendiente a recuperar esa capacidad de auto-sostenimiento. Dicha conclusión se refuerza aún más cuando la desvinculación se presenta como consecuencia de un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, pues, sin perjuicio del derecho que le asiste para cuestionar judicialmente el acto respectivo, le

[49] Sentencias T-009/93 y T-579/95, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-657/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-611/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-1064/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.
[50] C-100 de 2005.
[51] C-580 de 2006.
[52] C.169 de 1993.

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

3.6.10.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

3.6.3.11. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a "*un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima*"[53]. Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.

3.6.3.12. Para cuantificar, en los términos que se acaban de enunciar, la indemnización por el daño atribuible a la desvinculación sin motivación de quien se encontraba ocupando en provisionalidad un cargo de carrera, es

[53] Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg, 117.

posible acudir a distintas alternativas, que, dentro de la teoría general de la responsabilidad es posible dividir en dos categorías: Por un lado, sería posible hacer una determinación del daño y la consiguiente cuantificación de la indemnización, caso por caso. De modo alternativo, cabe acudir a criterios de indemnización previamente fijados por el legislador, a partir de consideraciones abstractas, que se separan de la cuantificación del daño en los casos concretos.

3.6.3.12.1. La primera hipótesis plantea dificultades teórico prácticas complejas, en la medida en que la condición, de la que parcialmente[54] se deriva el daño -la privación del ingreso-, no es atribuible de manera indefinida al acto lesivo, sino que depende también de factores ajenos al mismo, algunos objetivos, como la eventualidad de que la persona acceda de manera más o menos pronta a una fuente alternativa de ingresos, y, otros, subjetivos, como la voluntad y la diligencia con la que se proceda a la búsqueda de dicha alternativa. Esa indeterminación ha conducido a que, en hipótesis como la que es objeto de análisis, el legislador haya acudido a sistemas de cuantificación de los perjuicios a partir de elementos objetivamente predeterminados.

En esta última aproximación, como modalidad alternativa de cuantificación de la indemnización, cabría plantear una en la que, para efectos de establecerla, se tome como referente el término máximo contemplado en la ley para la permanencia en provisionalidad en un cargo de carrera. En ese contexto, habría que asumir que a la persona no se le creó una vocación de permanencia indeterminada, sino temporal y excepcional, que es la que ha sido lesionada por la falta de motivación del acto. Otra posibilidad sería tomar el modelo por el que se ha optado en el derecho laboral privado, en el que, para la cuantificación del daño, se toma en cuenta el tiempo durante el cual la persona afectada permaneció en el empleo, en la medida en que tal circunstancia tiene una clara incidencia sobre la expectativa, tanto objetiva como subjetiva, de permanencia en el cargo.

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

Por lo anterior, lógicamente cabría señalar que, dado que la vinculación en provisionalidad tiene una limitación temporal, la indemnización por terminación sin motivación, debería proceder conforme al mismo criterio de temporalidad, lo que haría posible entender que el término legal de duración

[54] Queda abierta la posibilidad para la cuantificación de un eventual perjuicio moral.

de la provisionalidad, marca la expectativa máxima de permanencia de una persona vinculada en esa modalidad. Así las cosas, en concordancia con los principios de reparación integral y equidad, para indemnizar la pérdida del cargo de carrera provisto en provisionalidad, sólo se tendría que pagar el salario de seis meses, el término máximo que según la ley pueden permanecer las personas vinculados al mismo, y por tanto el término durante el cual se les concede a éstas la protección legal.

3.6.3.12.2. La otra posibilidad a la que se ha hecho alusión parte de la consideración de que el legislador previamente ha tazado el lucro cesante que se causa por la pérdida del empleo. En el derecho privado, se establece la forma de indemnizar la pérdida sin justa causa del empleo por medio del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, en derecho administrativo, el legislador reguló la indemnización cuando un cargo de carrera es suprimido y no se reubica al funcionario, por medio de los dos parágrafos del artículo 44 de la Ley 909 de 2004[55]. Ambas indemnizaciones parten del tiempo durante el cual se ha prestado el servicio a una entidad, pues se ha considerado que el daño que se le causa a la expectativa de permanecer en un cargo es directamente proporcional al tiempo que se ha durado en el mismo.

3.6.3.13. Encuentra la Corte que, para el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, es decir, para el caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, no es posible acudir a los criterios antes señalados, principalmente, porque no existe previsión legal expresa que los cobije, y, por las particularidades que identifican tal situación, no es posible dar aplicación a la analogía *legis*. Sin

---

[55] *"Artículo 44. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. // PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. // No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas. // Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. // PARÁGRAFO 2o. La tabla de indemnizaciones será la siguiente: // 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios. // 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // 3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // 4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // PARÁGRAFO 3o. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones."*

embargo, retomando los avances jurisprudenciales a los que se ha hecho expresa alusión, es posible acudir a una formula en la que el valor de la indemnización se aproxime lo más posible al daño efectivamente sufrido por la persona.

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

3.6.3.13.2. En ese contexto, desarrollando los criterios fijados por la Corte en la SU-691 de 2011, estima la Sala que la fórmula que resulta aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir. Cabe entender que el salario se deja de percibir, cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no *"deja de percibir"* una retribución por su trabajo.

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

3.6.3.13.3. De esta forma, la Corte amplía las reglas de decisión que se han venido adoptado en la materia, particularmente en lo que tiene que ver con la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y la previsión aplicada de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada. Así, conforme con la nueva lectura, la regla de decisión se extiende, en esas circunstancias, a descontar la remuneración que recibe la persona desvinculada, no solo del tesoro público sino también del sector privado, ya sea como trabajador dependiente o independiente.

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

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

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

3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías[56], advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración[57], el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano

[56] De manera concreta el cuadro No. 10 (página 25) compara cómo ha variado el promedio –en meses- de la duración del desempleo desde el año 2003 hasta el 2012 en los siguientes países: Canadá, Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Turquía, Japón, España, Sur África y Grecia.
[57]De acuerdo con el estudio *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, se entiende por desempleo de larga duración, aquél que supera los 12 meses, mientras que el desempleo de corta y mediada duración es aquél que se extiende entre 3 y 6 meses, y en todo caso es menor de 12 meses.

plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.

El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada *"Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006"*[58], la cual, a partir de una análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración[59], sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.[60]

3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: ***(i)*** el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, ***(ii)*** a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

3.6.3.13.7. De acuerdo con las consideraciones expuestas, pasa la Corte a revisar los casos concretos.

3.7. Casos Concretos

---

[58] Este documento fue elaborado por profesores Carlos Augusto Viáfara L, y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008.
[59] Véase página 16 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006.* Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.
[60] Véase página 17 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006.* Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

3.7.1. Resueltas las cuestiones generales, debe esta Sala definir si las autoridades judiciales demandadas, al decidir las respectivas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes, al apartarse de la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con la necesidad de motivación de los actos de retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

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

3.7.2. Encuentra la Sala que, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso, y a la garantía de los principios de legalidad y publicidad establecidos en la Constitución de 1991, los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad deben ser motivados, "*toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas"*[61]. Así las cosas, desconocer dicho deber implica una vulneración de los derechos del administrado afectado, y, por tanto, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, es un acto viciado de nulidad que lleva al restablecimiento del derecho.

3.7.3. Tal interpretación de la Carta Política, y en especial del derecho al debido proceso, ha sido reiterada por esta Corporación de manera constante en la última década, conformando la *ratio decidendi* de más de un centenar de sentencias[62]. Por tanto, se ha de entender que es un precedente consolidado, en el que se define el alcance de un derecho fundamental, que en virtud de la supremacía de la Constitución ha de permear todo el ordenamiento jurídico, y ha de ser aplicado por todo operador jurídico, so pena de incurrir en un desconocimiento del derecho a la igualdad de los ciudadanos, y de los principios de seguridad jurídica y coherencia y racionalidad del ordenamiento.

3.7.4. Como lo ha reconocido esta Corporación, los operadores judiciales tienen, *prima facie*, el deber de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de su autonomía, *"deben asumir una carga de argumentación más estricta que la usual, ya que deben demostrar adecuada y*

---

[61] Sentencia SU-691 de 2011.

[62] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1206 de 2004, T-031 de 2005, T-161 de 2005, T-222 de 2005, T-267 de 2005, T-392 de 2005, T-648 de 2005, T-660 de 2005, T-804 de 2005, T-1159 de 2005, T-1162 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1323 de 2005, T-081 de 2006, T-156 de 2006, T-653 de 2006, SU-917 de 2010 y SU-691 de 2011.

suficientemente las razones por las cuales se apartan; de no ser así, se configurará un defecto que hace procedente la acción de tutela"[63].

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

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

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

3.7.8. Ahora bien, ya esta Corporación ha reconocido que la existencia de diferentes posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, responde a la dinámica interpretativa del derecho y no necesariamente a una actuación irregular del operador jurídico. Sobre este particular, ha

[63] Sentencia T-656 de 2011.

puesto de presente la Corte que *"no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad"*[64].

3.7.9. Así, aun cuando es claro que el principio de supremacía constitucional ha irradiado a todas las jurisdicciones, y por tanto, las decisiones de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, *"también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales"*[65].

3.7.10. Desde esta perspectiva, si bien la interpretación y aplicación que los jueces administrativos han realizado de los textos legales no puede ser considerada como una fuente de responsabilidad, ni personal ni estatal, tampoco puede prevalecer sobre el precedente constitucional, cuando por su intermedio se interpreta y se fija con autoridad el alcance de un derecho fundamental, en este caso, el derecho al debido proceso de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación del acto.

3.7.11. Cabe aclarar, sin embargo, que la regla general para proveer los cargos públicos ha de ser la carrera administrativa, es decir el acceso al servicio público por méritos, en virtud del artículo 125 Superior y, por ello, la presente providencia no puede ser interpretada como un cambio a ese mandato de orden superior. Por el contrario, sólo pretende resolver problemas coyunturales del estado anómalo de la contratación estatal en provisionalidad[66]. De allí que, cuando haya lugar al reintegro en los casos estudiados, conforme con la línea de interpretación constitucional comentada, éste sólo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

3.7.12. Ahora bien, con la finalidad de restablecer el derecho, se deberá considerar la reparación del daño derivado de haber perdido injustamente el empleo, lo cual a luz de las consideraciones previamente hechas, debe corresponder al pago de los salarios y prestaciones ***efectivamente*** dejados de

[64] SU-691 de 2011.
[65] Sentencia Ibídem.
[66] SU-917 de 2010.

percibir durante el tiempo que dure la desvinculación, entendiendo que el salario se deja de percibir, cuando una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que aquella accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por tanto, ya no *"deja de percibir"* una retribución por su trabajo.

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

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

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

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

3.7.17. Tal precisión resulta de interés, no solo por el hecho de definir el ámbito de aplicación de las medidas adoptadas en el presente fallo, sino también, por cuanto que, como quedó dicho en el apartado 3.5 de la parte considerativa de esta sentencia, el criterio adoptado por la Corte, en torno a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogido por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual, a su vez, en la actualidad, viene siendo aplicado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el sentido de reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los empleados públicos en cargos de carrera ocupados en provisionalidad.

3.7.1. Expediente T-3275956

El accionante, Fernando Otálora Hernández, inició acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra el acto administrativo inmotivado mediante el cual la Fiscalía General de la Nación lo desvinculó del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad en dicha entidad. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló a favor de las pretensiones del demandante al encontrar probada la causal de desviación de poder; sin embargo, en segunda instancia, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la decisión y denegó las pretensiones del actor, al considerar que dichos actos de retiro no debían ser motivados. En el escrito de tutela alega que dicha decisión desconoció el precedente de la Corte Constitucional incurriendo en una vía de hecho que vulneró sus derechos al debido proceso y a la igualdad.

La presente solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. En primer lugar, el asunto tiene relevancia constitucional en cuanto involucra una afectación del derecho fundamental al debido proceso, derivado del desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad; lo cual ha llevado al desconocimiento del derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica.

En segundo lugar, el actor ha agotado todos los medios de defensa -ordinarios y extraordinarios- que tenía a su disposición. Efectivamente acudió al juez natural del conflicto con miras a que éste protegiera sus derechos fundamentales, agotando todas las instancias del proceso ordinario, sin tener cómo más controvertir la decisión. En tercer lugar, se cumple con el requisito de la inmediatez, puesto que la sentencia del Consejo de Estado fue notificada por edicto, desfijado el 18 de agosto de 2010[67], y se interpuso la acción el 25 de febrero de 2011, es decir seis meses después, un término razonable y

[67] Según consta en folio 530 del cuaderno 1 del expediente del proceso original.

proporcional dada la complejidad del asunto, al tratarse de una tutela contra una sentencia de una alta corte, lo cual exige un alto grado de argumentación.

Adicionalmente verifica la Sala que no se trata de una irregularidad procesal; y que el accionante identificó los hechos que generaron su violación, luego de haber alegado su posición dentro del proceso. Por último, se verifica que no se trata de una sentencia de tutela. Por todo lo anterior, la Sala procede a estudiar el tema de fondo, al comprobar que se han cumplido con los requisitos generales de procedibilidad de la acción.

Los jueces naturales del asunto, consideraron que el cargo que ocupaba el demandante era un cargo de carrera que ejercía en provisionalidad, ya que no aparecía como de libre remoción y nombramiento en la clasificación que de los empleos de la Fiscalía hizo la Ley 270 de 1996 y el artículo 106 del Decreto Ley 261 de 2000. Igualmente, de acuerdo con la copia fiel que reposa en el folio 6 del Cuaderno 1 del expediente del proceso original, la Resolución 2651 del 2 de diciembre de 2003, por medio de la cual se desvincula al actor, no tuvo motivación, pues se hizo sólo referencia, de manera general, a las facultades del Fiscal General de la Nación de acuerdo con el artículo 251 Superior.

A partir de lo anterior, se puede concluir, entonces, que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el acto de retiro del accionante debía ser motivado de acuerdo con las reglas jurisprudenciales planteadas con miras a salvaguardar el derecho al debido proceso de éste. Por lo cual, el que no estuviera motivado lesionaba su derecho fundamental, y consecuentemente, en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, estaba viciado de nulidad y procedía el restablecimiento del derecho, en concordancia con las consideraciones hechas al respecto en el punto 3.6. de esta providencia.

Sin embargo, el Consejo de Estado se apartó de la jurisprudencia de la Corte, sin cumplir las cargas de justificación razonable, y concluyó que no había necesidad de motivar el acto de retiro del funcionario en cargo de carrera en provisionalidad, y que, por tanto, no se había incurrido en causal de nulidad alguna. Lo anterior resulta entonces contrario al derecho a la igualdad, al principio de seguridad jurídica, y a la coherencia y razonabilidad de nuestro sistema jurídico, incurriendo en la causal especifica de procedibilidad de desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, y, por tanto, la sentencia del 24 de junio de 2010 de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, es un acto de una autoridad pública vulneradora de derechos fundamentales, situación que ha de corregir el juez de tutela.

Por lo anterior, se deberá revocar la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de octubre de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en

contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se rechazó por improcedente la tutela, y en su lugar se concederá la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Con miras a proteger dichos derechos fundamentales, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado -Sección Segunda, Subsección B- el 24 de junio de 2010, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección A- el 30 de abril de 2009, en cuanto declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor. Sin embargo, se revocarán las disposiciones en torno a la indemnización reconocida en dicho fallo; ordenando, en su lugar, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

3.7.2. Expediente 3319445

Ricardo Manuel Rodríguez, interpuso acción de tutela contra la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, al trabajo y al acceso a la función pública, entre otros, al haber desconocido el precedente constitucional en materia de retiro sin motivación en cargos de carrera provistos en provisionalidad. Alegó que inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho al haber sido retirado del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad en el Departamento Administrativo de Seguridad, sin que el acto de insubsistencia estuviera motivado. En primera instancia, la sentencia de la Sección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fue favorable a sus pretensiones, pero la misma fue revocada por el Consejo de Estado, quien consideró que en la forma de ingreso y retiro había una analogía con los cargos de libre nombramiento y remoción.

El supuesto de hecho planteado cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela. Esto es, el asunto es de relevancia constitucional al tratarse del desconocimiento del alcance dado al derecho fundamental al debido proceso, que como consecuencia lesiona el derecho a la igualdad, entre otros principios de orden constitucional. Asimismo, se han agotado todos los medios de defensa previstos en el ordenamiento, pues

culminó el proceso pertinente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por otra parte, cumple con el requisito de inmediatez puesto que el edicto que notificó la sentencia de segunda instancia fue desfijado el 23 de marzo de 2011 a las 17 horas[68], y se interpuso la tutela el 29 de marzo de 2011, es decir sólo seis días después, lo cual es un termino razonable y proporcional. Adicionalmente, no se trata de una irregularidad procesal, el actor ha identificado los hechos que dieron lugar a la violación, y tal como consta en la demanda del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho[69], desde un inició alegó la falta de motivación del acto como causal de nulidad. Por último, verifica la Sala que no se trata de un fallo de tutela.

Evidenciado que el caso cumple con los requisitos generales, la Sala procede a comprobar si en el caso concreto se presentó la causal específica de procedibilidad de desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional.

En el proceso estudiado fue claro para todas las partes que el accionante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad. Igualmente, según consta en el folio 2 del cuaderno 1 del expediente del proceso original, la Resolución 02181 del 11 de octubre de 2002 del Director del Departamento Administrativo de Seguridad, por medio de la cual se declara insubsistente al actor, no tuvo motivación, ya que sólo hace una referencia general al artículo primero del Decreto 1679 de 1991.

De lo anterior, es claro que en virtud del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con las demás razones expuestas en el punto 3.6. de esta providencia, dicho acto administrativo está viciado de nulidad al lesionar el derecho al debido proceso del accionante.

Sin embargo, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 17 de febrero de 2011, revocó la sentencia de primera instancia y denegó las pretensiones del actor. Al respecto consideró que "*en las normas especiales que regula (sic) el régimen de carrera en (sic) DAS, y, específicamente, en las normas que regulan el retiro de sus empleados no se prevé expresamente la forma de retiro de los empleados provisionales y, al no estar previstos, se debe aplicar la regla general.*"[70] A partir de lo anterior aplicó el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 y la Ley 443 de 1998, por lo cual concluyó que no había deber de motivar el acto de retiro.

Dicha posición desconoce reiterada jurisprudencia de esta Corporación, expuesta en el punto 3.6 de esta providencia, dado que la regla general es que

[68] Folio 271, Cuaderno 1 del expediente original
[69] Folio 12, Cuaderno 1 del expediente original.
[70] Folio 264, Cuaderno 1 del expediente original.

los actos administrativos han de ser motivados, salvo que una norma excluya expresamente el deber de motivar. Precisamente, en el aparte citado, el juez colegiado reconoce que no existe en el caso concreto norma alguna que determine la forma de retiro del empleado provisional, debiéndose aplicar la regla general; la cual no es una analogía a los cargos de libre nombramiento y remoción, sino que debía establecerse a partir de los postulados generales de la Constitución, interpretados por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, se desconoce en dicha providencia el precedente constitucional al aplicarse el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 al accionante, dado que esta Corporación, en la sentencia C-112 de 1999[71], al estudiar la constitucionalidad de dicha disposición, limitó su alcance a los empleados de libre nombramiento y remoción, quedando excluidos de su aplicación los empleados en provisionalidad en cargos de carrera.

De todo lo anterior, es claro que al accionante se le vulneró su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, al no reconocer el juez de segunda instancia, que su declaratoria de insubsistencia, al no haber sido motivado, lesionaba su derecho al debido proceso y, por tanto, estaba viciada de nulidad. De allí que la Sala deberá revocar la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de noviembre de 2011, dentro de la acción instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se rechazó por improcedente la tutela, y en su lugar se concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

En consecuencia, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado -Sección Segunda, Subsección B-, el 17 de febrero de 2011, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsección A-, el 16 de agosto de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor. Sin embargo, se revocarán las disposiciones en torno a los perjuicios reconocidos en dicho fallo; ordenando, en su lugar, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

3.7.3. Expediente T-3347236

[71] MP. Carlos Gaviria Díaz.

El accionante, Luis David Lascarro Galeano, sostiene que el Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia del 10 de febrero de 2011, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al revocar la sentencia de primera instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). Sostuvo que fue desvinculado del cargo que ocupaba en provisionalidad, sin que se motivara el acto administrativo de retiro, y que dicha causal de nulidad no fue acatada por el juzgador de segunda instancia, en contravía con lo estipulado por la Corte Constitucional.

Dicho caso cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la tutela planteados en el aparte 3.2. de esta providencia. El caso tiene relevancia constitucional por cuanto se trata del alcance que la Corte Constitucional le ha dado al derecho al debido proceso y, consecuentemente, se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Igualmente, es claro que se han agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa puesto que el accionante tramitó todas las etapas del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el adecuado según la legislación, para tramitar un conflicto intersubjetivo de intereses de esta naturaleza.

Asimismo, se verifica que cumple con el requisito de inmediatez, ya que el escrito de tutela se presentó el 24 de junio de 2011, y la sentencia de segunda instancia se notificó por edicto desfijado el 17 de febrero de 2011, esto es 4 meses, un término razonable y proporcional, dado que se trata de una tutela contra sentencia que requiere un grado de argumentación superior. Se comprueba que no se trata de una irregularidad procesal, que desde la demanda en la que solicitó la nulidad del acto por carecer de motivación identificó la violación al hacer referencia a la jurisprudencia de esta Corporación que ha sido desconocida en su caso concreto. Por último, es claro que el fallo impugnado no es de tutela.

A partir de las consideraciones anteriores, procede la Sala a hacer un estudio de fondo del tema. Tal como quedó acreditado en las respectivas instancias del proceso contencioso, el accionante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad. A dicha conclusión llegaron los jueces, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, interpretando la Ley 119 de 1994, la Ley 443 de 1998, el Decreto 1426 de 1998 y el artículo 1 de la Ley 61 de 1987, estableció que: "*el cargo de Jefe de Centro no se encuentra dentro de la enumeración taxativa que, para efectos de exclusión del régimen de carrera de los empleos de la administración descentralizada, hace la norma antes transcrita. En tales condiciones, la Sala concluye que el cargo de Jefe de Centro es un empleo de carrera y, por lo tanto, debe proveerse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 443 de 1998.*"[72]

[72] Sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002) de la Sección Quinta del Consejo de Estado. CP. Reinaldo Chavarro Butírica.

Adicionalmente, tal como consta en el folio 36 del cuaderno 1 del expediente de tutela, la Resolución No. 0340 de 2003, por medio de la cual se desvinculó al accionante del cargo de carrera en provisionalidad que ocupaba en el SENA, no tenía motivación, puesto que sólo hizo referencia general al numeral 3 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994. De lo cual hay que concluir que, tal como se expresó en el aparte 3.6. de esta sentencia, se trataba de un acto que debía ser motivado, so pena de lesionar el derecho fundamental al debido proceso. Consecuentemente, a falta del cumplimiento de dicho deber, procedía su nulidad y el restablecimiento del derecho, en concordancia con los lineamientos de la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Bolívar desconoció dicho precedente, y acogió la posición del Consejo de Estado que sostiene que no es necesario motivar la desvinculación de los nombrados en provisionalidad. Al respecto, estableció que los pronunciamientos de la Corte Constitucional "*no constituyen precedente jurisprudencial obligatorio como lo pretende la Corte, puesto que la misma Constitución que (sic) en su artículo 230 consagra la autonomía judicial como principio recto de la justicia en Colombia (...) del cual se deduce sin mayor hesitación que las consideraciones hechas por la Corte en sentencias en sede de tutela no atan al juez contencioso administrativo por encima de la norma legal, sin desconocerse su valioso aporte como criterio ilustrador*."[73]

Dicha afirmación no es de recibo por parte de esta Sala, puesto que, como ya se explicó en el aparte 3.3. de esta providencia, el precedente constitucional es de obligatorio acatamiento con miras a la protección de los principios de seguridad jurídica, coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, y del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley. De allí que no sea suficiente la referencia al principio de autonomía para apartarse de éste, pues se han de exponer las razones de hecho o de derecho por las cuales el precedente se torna inaplicable en el caso concreto. Dado que a dicha carga argumentativa no se le ha dado cumplimiento por parte del juez natural de segunda instancia, se ha configurado, entonces, la causal específica de procedibilidad por desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional.

En virtud de lo anterior, es claro que el Tribunal Administrativo de Bolívar desconoció el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, al desconocer el alcance que esta Corporación le ha dado al derecho al debido proceso en el tema de la motivación de los actos de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. De allí que la Sala deberá revocar la sentencia de única instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, el 15 de septiembre de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra el

[73] Folio 89, Cuaderno 1.

Tribunal Administrativo de Bolívar -Sala de Decisión 4-, mediante la cual se negó el amparo, y, en su lugar, se concederá la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Para proteger los derechos desconocidos, se dejará sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar- Sala de Decisión 4- el 10 de febrero de 2011, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, el 17 de julio de 2009, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor. Sin embargo, se revocarán las disposiciones en torno a la indemnización reconocida en dicho fallo; ordenando, en su lugar, a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada en los asuntos de la referencia.

SEGUNDO: REVOCAR, en el expediente T-3.275.956, la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 13 de octubre de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se rechazó por improcedente la tutela, y en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado -Sección Segunda, Subsección B- el 24 de junio de 2010, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento que inició Fernando Otálora

Hernández contra La Fiscalía General de la Nación. En su lugar **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección A- el 30 de abril de 2009, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor. **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma, en cuanto ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; y, en su lugar, **ORDENAR** pagar**,** a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

CUARTO: REVOCAR, en el expediente T-3.319.445, la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 3 de noviembre de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se rechazó por improcedente la tutela, y en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

QUINTO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado –Sección Segunda, Subsección B- el 17 de febrero de 2011, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Ricardo Manuel Rodríguez Suárez contra el Departamento Administrativo de Seguridad. En su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección A- el 16 de agosto de 2007, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor. **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma, en cuanto ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; y en su lugar, **ORDENAR** pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

SEXTO: REVOCAR, en el expediente T-3.347.236, la sentencia de única instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, el 15 de septiembre de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra el Tribunal Administrativo de Bolívar- Sala de Decisión 4-, mediante la cual se negó el amparo, y en su lugar

CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

SÉPTIMO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar- Sala de Decisión 4- el 10 de febrero de 2011, mediante la cual revocó y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Luis David Lascarro Castillo contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). En su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, el 17 de julio de 2009, que declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro del actor. **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma, en cuanto ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; y en su lugar, **ORDENAR** pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

OCTAVO: Los reintegros ordenados sólo serán procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hayan sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos, no hayan sido suprimidos o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

NOVENO: Por la Secretaría General de esta Corporación, **DEVOLVER** a la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el expediente número 04-02444 contentivo del proceso que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Fernando Otálora Hernández contra La Fiscalía General de la Nación, que dicha entidad había allegado en calidad de préstamo.

DÉCIMO: Por la Secretaría General de esta Corporación, **DEVOLVER** a la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el expediente número 03-00934 contentivo del proceso que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Ricardo Manuel Rodríguez Suárez contra el Departamento Administrativo de Seguridad, que dicha entidad había allegado en calidad de préstamo.

DECIMOPRIMERO: Por la Secretaría General de esta Corporación, **DEVOLVER** al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena el expediente número 001-2331-003-2003-1026 contentivo del proceso que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició Luis

David Lascarro Castillo contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que dicha entidad había allegado en calidad de préstamo.

DECIMISEGUNDO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente
Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado
Ausente con excusa

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General