

Sentencia T-1083/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado u otros mandatos de orden superior. Se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela

FUNCIONARIOS PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Naturaleza jurídica

La Constitución Política en su artículo 125 establece que los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se realizará mediante concurso, lo anterior con el propósito de incentivar el mérito para acceder a la función pública. Así mismo, precisa que el retiro se efectuará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. La vinculación en calidad de provisional es un modo de proveer cargos públicos cuando: (i) se presentan vacancias definitivas o temporales (ii) mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o (iii) cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Los cargos provisionales, son de carácter transitorio y excepcional, lo que buscan es solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos

ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. En la Sentencia SU-917 de 2010, se reiteró que para respetar y garantizar: (i) la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscribiera la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; (ii) el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y (iii) el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido; es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado

CARGOS PROVISIONALES Y CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Diferencias/MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Nominador está en la obligación de sustentar razones de la desvinculación

Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En síntesis, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER-Deja sin efectos sentencia proferida y, ordena proferir otra, conforme al precedente constitucional sobre necesidad de motivar actos de desvinculación

Referencia: expediente T-3.582.807

Acción de Tutela instaurada por Aníbal Rueda Rueda en contra del Tribunal Administrativo de Santander.

Derechos fundamentales invocados:
Debido Proceso.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el catorce (14) de junio de dos mil doce (2012) por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado, que modificó, para en su lugar declarar la improcedencia de la acción de tutela, la sentencia proferida en primera instancia el cinco (05) de diciembre de dos mil once (2011) por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela incoada por Aníbal Rueda Rueda en contra del Tribunal Administrativo de Santander.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

El señor **Aníbal Rueda Rueda**, por medio de apoderado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, al trabajo y a la estabilidad laboral. En consecuencia, pide, se revoque el fallo proferido el 19 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Santander, en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y en su lugar, se ordene dejar en firme el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bucaramanga, el cuatro (4) de noviembre de 2009, en el que se declaró la nulidad del acto administrativo que declaraba insubsistente al señor Aníbal Rueda Rueda.

La anterior solicitud se fundamenta en los siguientes hechos:

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

- 1.2.1.** Señala el actor que mediante Decreto No. 007 del primero (1) de febrero de 1997, expedido por el Alcalde Municipal de Zapatoca, Santander, fue nombrado como conductor del municipio y, ese mismo día tomó posesión del cargo mediante acta No.004.
- 1.2.2.** Aduce que mediante Decreto No. 095 del veintiocho (28) de diciembre de 2001, expedido por el Alcalde de Zapatoca, Santander, fue incorporado a la planta global del municipio en el cargo de conductor. Igualmente, mediante Resolución No. 343, ese mismo día fue incorporado como empleado de carrera de dicho municipio.
- 1.2.3.** Añade que el dos (02) de enero de 2002, mediante acta de incorporación sin número, tomó posesión del cargo de conductor código 620, como empleado de planta de cargos de la Administración Municipal de Zapatoca, Santander, con una asignación básica mensual de 1.25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- 1.2.4.** Indica que el dieciocho (18) de febrero de 2004, mediante Resolución No. 089 la administración municipal declaró sin motivo alguno su insubsistencia, razón por la cual, mediante apoderado, presentó ante la Jurisdicción Administrativa, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que declaró su insubsistencia.
- 1.2.5.** Manifiesta que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho le correspondió por competencia al Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bucaramanga, despacho que mediante fallo del cuatro

(4) de noviembre de 2009, declaró la nulidad de la Resolución No. 089 de 2004, proferida por el Alcalde Municipal de Zapatoca, Santander. En consecuencia, condenó al municipio a reintegrar en provisionalidad al demandante Aníbal Rueda Rueda, al mismo cargo que venía desempeñando al momento de producirse la declaratoria de insubsistencia del cargo, o en su defecto a otro de igual o superior jerarquía de funciones afines a las que desempeñaba. Así mismo, condenó al municipio a pagar al actor, los salarios y prestaciones sociales o beneficios económicos de contenido laboral dejados de percibir a partir de la fecha de la declaratoria de insubsistencia del cargo y hasta cuando se reintegrara. Decisión que fue apelada por la entidad demandada.

1.2.6. Expresa que en segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Santander, revocó la decisión recurrida, al considerar que los empleados de carrera vinculados en provisionalidad, pueden ser desvinculados en cualquier momento mediante actos administrativos sin motivación.

1.2.7. Por lo anterior, considera el actor que la decisión del Tribunal Administrativo de Santander vulnera sus derechos fundamentales, puesto que constituye una vía de hecho por defecto fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado avocó el conocimiento de la acción y, mediante auto del tres (3) de noviembre de dos mil once (2011), corrió traslado al Tribunal accionado y al Municipio de Zapatoca, Santander (tercero interesado), para que en un término de dos días manifestaran lo que consideraran oportuno.

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante oficio del 11 de noviembre de 2011 se pronunció sobre el asunto. Al respecto manifestó:

“...las providencias judiciales en todos los niveles se fundan en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, dirigidas esencialmente a asegurar que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, conforme a los procedimientos diseñados para ello por el legislador.

En el caso de la referencia y en lo atinente a la actuación surtida por el Tribunal Administrativo de Santander, no existe duda que el trámite dado al proceso de segunda instancia radicado bajo el número 2004-1676-01 se encuentra adoptado

con el contenido de la norma procesal aplicada, respetando a plenitud [de] las formas propias del juicio, y garantizando por ende el debido proceso a las partes.

...es necesario manifestar que la decisión judicial tomada por este tribunal se encuentra adoptada con el contenido de la norma aplicada, no obedece a simples prejuicios del operador jurídico y no es arbitraria, pues se encuentra debidamente justificada y garantiza los postulados constitucionales, por lo que la misma no constituye una vía de hecho, pues no contiene una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige para la materia la que se refiere la providencia; son interpretaciones acogidas por los falladores, razonables, que carecen de defectos sustantivos, fácticos, orgánicos o procedimentales y que por el contrario, siguen una extensa y continúa línea jurisprudencial sobre la materia concreta.

No sobra advertir que la acción de tutela es un mecanismo residual del cual pueden hacer uso los ciudadanos, en procura de evitar la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda convertirse en tercera instancia, o en un procedimiento alterno a los juicios ordinarios”.

En lo concerniente al municipio de Zapatoca, Santander, éste no se pronunció al respecto.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Sentencia de primera instancia – Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

En sentencia proferida el cinco (05) de diciembre de dos mil once (2011), la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela, argumentando que la decisión judicial cuestionada se encuentra debidamente motivada y se profirió en cumplimiento de las normas y de la jurisprudencia que el Tribunal de segunda instancia consideró aplicables al asunto debatido, sin que se evidencien los defectos que se aducen en su contra. En efecto, consideró que no hay prueba de que la sentencia objeto de tutela comprometa los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso que ameriten la intervención del juez constitucional, en la medida en que no se trata de un proveído absolutamente caprichoso, arbitrario o carente de justificación o motivación jurídica o que conduzca a la inexistencia de defensa y contradicción dentro del proceso.

Concluyó que no existe un motivo justificado que configure una de las causales especiales que hacen procedente de manera excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales. Por el contrario, encontró que el ejercicio de la acción lo que pretende es revivir discusiones debidamente resueltas en primera y segunda instancia.

1.4.2. Impugnación

El accionante impugnó el fallo proferido por el Juez Constitucional de primera instancia. Al respecto señaló:

“...si bien es cierto, el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Santander se encuentra debidamente motivado y sustentado, como lo refiere la Sección Cuarta del Consejo de Estado, también lo es, que este se ataca, porque el Tribunal Administrativo de Santander, consideró que los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad no requieren de ser motivados, hecho este, que desconoce de manera flagrante e unificado y reiterado precedente de tutela en materia de necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera...”

El Tribunal Administrativo de Santander, no solo desconoció el uniforme, claro y reiterado precedente jurisprudencial de tutela en materia de necesidad de motivación para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera, sino que no argumentó las razones por las cuales no se siguió el precedente jurisprudencial constitucional, en materia de tutela, donde se exige la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, como tampoco se hizo mención siquiera sumaria de las numerosas providencias de la Corte Constitucional en esta materia.

Es por ello, repito, que el Tribunal Accionado, desconoció claramente la carta Constitucional, desatendiendo de manera abierta la ratio decidendi de la sólida y uniforme jurisprudencia que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto.

Por otra parte, se aprecia con nitidez, que hubo un defecto fáctico en la sentencia proferida por el Tribunal accionado, puesto que no valoró una prueba que se encontraba incorporada debidamente en el expediente, y dicha prueba resultaba definitiva en la decisión judicial que se profirió, es

decir tenía la virtud de transformar la decisión que en últimas se tomó, y que el suscrito atacó por vía de hecho.”

1.4.3. Sentencia de segunda instancia – Sección Quinta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

En sentencia proferida el catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, modificó el fallo proferido el cinco (5) de diciembre de dos mil once (2011), por la Sección Cuarta de esa misma Corporación, en su lugar resolvió que no procedía la tutela deprecada, puesto que providencia censurada es una decisión laboral administrativa, proferida dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, tratándose de ese tipo de actos, es ésta la competente según la Constitución para dirimir esa clase de asuntos.

De igual forma señaló que no existe en el ordenamiento jurídico norma positiva que imponga al juez el deber legal de acoger las tesis jurisprudenciales que vía sentencias de tutela, asuma en revisión eventual la Corte Constitucional.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

- 1.5.1.** Copia auténtica de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Santander, el cuatro (4) de noviembre de 2009, en el curso del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por Aníbal Rueda Rueda contra el municipio de Zapatoca Santander (Folios 9-25, cuaderno No. 2).
- 1.5.2.** Copia auténtica de la sentencia de segunda instancia (fallo demandado), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el diecinueve (19) de mayo de 2011, en el curso del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por Aníbal Rueda Rueda contra el municipio de Zapatoca Santander (Folios 26-35, cuaderno No. 2).
- 1.5.3.** Copia del acta de posesión No. 004 del 1 de febrero de 1997, donde consta que el señor Aníbal Rueda Rueda se posesionó como conductor de volqueta II de la Alcaldía de Zapatoca Santander (Folio 38, cuaderno No. 2).
- 1.5.4.** Copia de la Resolución 343 de diciembre de 2001, mediante la cual se incorporó como conductor de la planta de personal de la Alcaldía

Municipal de Zapatoca Santander, al señor Aníbal Rueda Rueda (Folio 53, cuaderno No. 2).

- 1.5.5. Copia del acta de incorporación adiada el 2 de enero de 2002, mediante la cual el señor Aníbal Rueda Rueda tomó posesión del cargo de conductor Código 620 de la planta de cargos de la Administración Municipal de Zapatoca, Santander (Folio 54, cuaderno No. 2).
- 1.5.6. Copia del oficio ASGZ-388 del 18 de febrero de 2004, mediante el cual le comunicaron la Resolución 089 adiada el 18 de febrero de 2004, en la cual se declaró insubsistente en el cargo de conductor 620 de la planta de personal del municipio de Zapatoca, Santander, al señor Aníbal Rueda Rueda (Folio 39-40, cuaderno No. 2).
- 1.5.7. Copia de la liquidación definitiva de prestaciones sociales del señor Aníbal Rueda Rueda como empleado de la planta de personal de la Administración Municipal de Zapatoca, Santander (Folio 41, cuaderno No. 2).
- 1.5.8. Copia de la recomendación expedida el 14 de abril de 2004, por el señor Antonio María Rueda Prada, ex alcalde del municipio de Zapatoca, Santander, en la cual certifica que el actor tiene experiencia como conductor, y se distinguió por su responsabilidad y buen desempeño laboral en los 7 años que laboró para la Alcaldía Municipal (Folio 42, cuaderno No. 2).
- 1.5.9. Copia de la recomendación expedida el 27 de abril de 2004, por el señor Alfonso Pineda Quintero, mediante la cual certifica que conoce al señor Rueda desde hace más de 30 años y que es una persona recta, responsable y honesta, lo cual comprobó de manera directa cuando fue alcalde del municipio de Zapatoca, Santander en el periodo comprendido entre 1998 y el año 2000.
- 1.5.10. Copia de la demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por el apoderado del señor Aníbal Rueda Rueda (Folios 44-51, cuaderno No. 2).

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso el señor Aníbal Rueda Rueda, por medio de apoderado, instaura acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander, toda vez que considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, al trabajo y a la estabilidad laboral. En consecuencia, pide, se revoque el fallo proferido el 19 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Santander, en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y en su lugar, se ordene ejecutoriado el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bucaramanga, el cuatro (4) de noviembre de 2009, en el que se declaró la nulidad del acto administrativo que declaraba insubsistente al señor Aníbal Rueda Rueda.

Conforme a la situación fáctica reseñada le corresponde a la **Sala Séptima de Revisión de Tutelas**, determinar si efectivamente el derecho al debido proceso del señor Aníbal Rueda Rueda, resultó vulnerado por parte del Tribunal Administrativo de Santander, al fallar sin tener en cuenta el precedente constitucional establecido por esta Corte, respecto a la necesidad de motivar los actos administrativos para desvincular a un funcionario nombrado provisionalmente en un cargo de carrera.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala: **primero**, reiterará la jurisprudencia referente a las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; **segundo**, estudiará el defecto por desconocimiento del precedente constitucional como causal autónomo; **tercero**, analizará la naturaleza jurídica de los funcionarios nombrados en calidad de provisionales y, por último, resolverá el caso concreto.

2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.3.1. En principio es necesario reiterar que el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 5° establece que la acción de tutela procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, que hayan violado, violen o amenacen violar derechos constitucionales fundamentales.

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado que la acción de tutela, inicialmente, no procede contra providencias judiciales, atendiendo a las siguientes razones:

*“...La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental.*

(La tutela) no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria. 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.”¹

2.3.2. De igual manera, siguiendo con el mismo lineamiento, esta Corte en sentencia C-590 de 2005² señaló:

“[e]n primer lugar, el hecho de que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático”.

No obstante, excepcionalmente, la acción de tutela procederá contra providencias judiciales en aquellos casos en los que éstas desconozcan los preceptos constitucionales y legales que deben seguir, y en aquellas circunstancias en las que si bien no hay un desconocimiento evidente de las normas superiores, la decisión vulnera derechos fundamentales³.

2.3.3. Siguiendo lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está sujeta al cumplimiento de presupuestos generales de procedencia que habilitarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales

¹ Sentencia C-543 de 1992, MP, Dr. José Gregorio Hernández

² MP, Dr. Jaime Córdoba Triviño

³ Ver, entre muchas otras, las Sentencias: Corte Constitucional. T-191 de 1999. MP, Dr. Fabio Morón Díaz, T-1223 de 2001. MP, Dr. Álvaro Tafur Galvis, T-907 de 2006. MP, Dr. Rodrigo Escobar Gil y T-092 de 2008. MP, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

puestas a su consideración, cuando se presentan a plenitud⁴. Los presupuestos generales aludidos fueron consagrados en la **Sentencia C-590 de 2005**⁵, que los clasificó de la siguiente manera:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁶.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁷.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁸.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁹.

f. Que no se trate de sentencias de tutela^{10,11}.

En la sentencia referida anteriormente se estableció que al verificar el cumplimiento de los requisitos generales señalados, el accionante debe demostrar que tuvo lugar alguna de las causales específicas de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión cuestionada.

Referirse a las causales específicas de procedibilidad implica traer a colación la doctrina constitucional relativa a aquellas actuaciones judiciales en las que el juez que resuelve un conflicto jurídico asume una conducta que ostensiblemente contraría el ordenamiento vigente y, por ende, vulnera derechos fundamentales.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-024 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ MP, Dr. Jaime Córdoba Triviño

⁶ “Corte Constitucional. Sentencia T-504 del 08 de 2000. MP, Dr. Antonio Barrera Carbonell.”

⁷ “Corte Constitucional. Sentencia T-315 de 2005. MP, Dr. Jaime Córdoba Triviño.”

⁸ “Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1998. MP, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.”

⁹ “Corte Constitucional. Sentencia T-658 de 1998. MP, Dr. Carlos Gaviria Díaz.”

¹⁰ “Corte Constitucional. Sentencias: T-088 del 17 de febrero de 1999. MP. José Gregorio Hernández y SU-1219 del 21 de noviembre de 2001. MP. Manuel José Cepeda.”

¹¹ Cfr. Ibídem. Sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

2.3.4. Siguiendo lo anterior, al no contar con un medio eficaz para solucionar dicha situación, la acción de tutela aparece como el mecanismo idóneo para adoptar las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales conculcados por una decisión judicial¹². La jurisprudencia constitucional ha establecido como causales específicas de procedibilidad, las siguientes:

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

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁴.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-327 del 15 de julio de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³ “Corte Constitucional. Sentencia T-522 del 18 de mayo de 2001. MP. Manuel José Cepeda.”

¹⁴ “Corte Constitucional. Sentencias T-1625 del 23 de noviembre de 2000. MP (E). Martha Victoria Sáchica Méndez, T-1031 del 27 de septiembre de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, SU-1184 del 13 de noviembre de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, y T-462 del 05 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.”

*h. Violación directa de la Constitución.*¹⁵

Finalmente, es necesario especificar que como la acción de tutela objeto de estudio se interpuso por desconocimiento por parte del Tribunal accionado del precedente constitucional establecido por esta Corte, en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de un provisional en cargo de carrera, la Sala reiterará el precedente constitucional al respecto, en el sentido de que el desconocimiento del precedente establecido por esta Corporación vulnera el principio de supremacía constitucional.

2.4. DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

2.4.1. El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹⁶. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁷ u otros mandatos de orden superior.

2.4.2. La supremacía del precedente constitucional surge del artículo 241 de la Constitución Política, el cual asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas –principio de supremacía constitucional¹⁸. En efecto, esta Corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorias tanto en su parte resolutive, como en su *ratio decidendi*, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia¹⁹. Por esta razón, si se desconoce el alcance de los **fallos constitucionales vinculantes**, se “(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica

¹⁵ Cfr. Ibídem. Sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶ Ver sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-230 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷ Ver sentencia T-123 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Ver sentencia C-539 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Sentencia SU-168 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.”²⁰

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-656 de 2011²¹ sostuvo lo siguiente:

*“(...) el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de **jurisprudencia constitucional**, en la medida en que la normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional”.*

2.4.3. La sentencia T-351 de 2011²² explica que el sentido, alcance y fundamento normativo de obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. No obstante, ambos tienen en común, que se deben acatar **(i)** para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta²³, y **(ii)** para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad.

En lo concerniente a las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos *erga omnes* y de la cosa juzgada constitucional. De un lado, cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la *ratio decidendi* de todas las sentencias de control abstracto constitucional – bien declaren o no inexecutable una disposición-, debe ser también

²⁰ Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

²³ Ver además sentencias T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución.

En cuanto a los fallos de revisión de tutela, el respeto de su *ratio decidendi* es necesario para lograr la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas- y para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado. **Es por esto que la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, aún sean altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones**²⁴.

En este punto es importante aclarar que en el caso de las sentencias de unificación de tutela (SU) y de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política²⁵.

2.4.4. En este orden de ideas, se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: **(i)** se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, **(ii)** se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o **(iii)** se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o **(iv)** se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela²⁶.

²⁴ En palabras de la Corte: “*En síntesis, la Corte ha considerado que la obligatoriedad de la ratio decidendi de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez*” y al acceso a la administración de justicia porque “...las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.” Cfr. Sentencia T-566 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterado en la sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras posteriores.

²⁵ De la misma forma las sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado pueden constituir precedente según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ Ver sentencia T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Al respecto, vale la pena traer a colación las pautas resaltadas en la sentencia T-351 de 2011²⁷, para establecer cuándo hay un desconocimiento del precedente constitucional:

“(i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes. (ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. (iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine”.

2.4.5. En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha clasificado el defecto por desconocimiento del precedente constitucional también como una hipótesis de defecto sustantivo. Entre las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra fallos judiciales se pueden presentar diversos tipos de relaciones, y en un caso pueden concurrir varios defectos. Así, tanto la doctrina²⁸ como la jurisprudencia²⁹ han identificado el “desconocimiento del precedente judicial”, como una modalidad del defecto sustantivo –como ya se advirtió –, y como una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En palabras de la Corte Constitucional:

“(…) el desconocimiento del precedente puede derivar en un defecto sustantivo cuando se irrespeta la cosa juzgada constitucional establecida en sentencias con efectos erga

²⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

²⁸ Ver por ejemplo Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Ed. Ibáñez (2012). Véase cómo, incluso, el doctrinante al explicar el “desconocimiento del precedente”, lo señala tanto en el defecto sustantivo como en una causal autónoma posteriormente, páginas 224, 138 y 254.

²⁹ Ver, entre otras, sentencias SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

omnes, o en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (entre otros) cuando el juez se aparta de la doctrina constitucional contenida en la ratio decidendi de los fallos de revisión de tutela”³⁰ (resaltado fuera del texto original).

Lo cierto es que independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique –como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo–, el desconocimiento del precedente constitucional, además de violar los derechos de las partes a la igualdad y al debido proceso, entre otros, vulnera el principio de supremacía constitucional, lo que constituye una razón de más que hace procedente la acción de tutela contra la providencia atacada.

2.5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN CALIDAD DE PROVISIONALES.

2.5.1. La Constitución Política en su artículo 125 establece que los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se realizará mediante concurso, lo anterior con el propósito de incentivar el mérito para acceder a la función pública. Así mismo, precisa que el retiro se efectuará *“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”*.

2.5.2. Como el procedimiento para proveer un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito *“el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad”*³¹, cuando la primera no pueda verificarse.”³²

2.5.3. La vinculación en calidad de provisional es un modo de proveer cargos públicos cuando: *(i) se presentan vacancias definitivas o temporales (ii) mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o (iii) cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal*”³³. Los cargos provisionales, son de carácter transitorio y excepcional, lo que buscan es solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad³⁴.

³⁰ Cfr. Sentencia T-351 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³¹ Ver, entre otros, Decreto-Ley 2400 de 1968, Artículo 5; Ley 61 de 1987, Artículo 4; Ley 27 de 1992, Artículo 10; Ley 443 de 1998, Artículo 8; y la Ley 909 de 2004.

³² Cfr. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Cfr. Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.

³⁴ *Ibidem*. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.5.4. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.

2.5.5. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera³⁵. Al respecto, esta Corporación en la Sentencia **T-251 de 2009**³⁶ señaló:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”³⁷.

Posteriormente, en la **Sentencia SU-917 de 2010**³⁸, se reiteró que para respetar y garantizar: **(i)** la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscriben la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; **(ii)** el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y **(iii)** el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las

³⁵ Ibídem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁶ MP, Dra. Cristina Pardo Schlesinger

³⁷ Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁸ Ver, entre muchas otras, las Sentencias: SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-884 del 17 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-610 del 24 de julio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-597 del 15 de junio de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-031 del 21 de enero de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño, T-024 del 26 de enero de 2006. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-064 del 01 de febrero 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-007 del 17 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-011 del 16 de enero de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla, SU-917 del 11 de noviembre 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

razones por las cuales ha obrado en determinado sentido³⁹; **es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado.**

- 2.5.6.** En lo concerniente a los cargos de libre nombramiento y remoción debe recordarse que son una excepción dentro de la provisión de empleos, pues *“no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”*⁴⁰.

Ahora bien, no existe una ley mediante la cual se asimilen los cargos provisionales a los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia los nominadores no pueden desvincular a quienes se desempeñan en cargos provisionales con la misma discrecionalidad que tienen frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, sin asumir la obligación de motivar sus actos⁴¹.

- 2.5.7.** En conclusión, **los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa**, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero **tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción**, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución.

En síntesis, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción⁴²; razón por la que **el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación**⁴³.

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Cfr. Sentencia C-514 del 16 de noviembre de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴¹ Sentencia T-800 del 14 de diciembre de 1998. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴² Ibídem. Sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴³ Ibídem. Sentencia SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El señor **Aníbal Rueda Rueda**, por medio de apoderado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso efectivo a la administración de justicia, al trabajo y a la estabilidad laboral. En consecuencia, pide, se revoque el fallo proferido el 19 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Santander, en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y en su lugar, se ordene ejecutoriado el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bucaramanga, el cuatro (4) de noviembre de 2009, en el que se declaró la nulidad del acto administrativo que declaraba su insubsistencia.

3.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN EL PRESENTE CASO.

3.2.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración tiene relación con la vulneración al derecho fundamental al debido proceso y al trabajo del actor, específicamente al desconocer el precedente jurisprudencial proferido por esta Corte acerca de la motivación del acto de desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera.

3.2.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

La presente acción de tutela se dirige contra una providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y no contra un fallo de tutela.

3.2.3. El tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance.

Observa la Sala que el señor Aníbal Rueda Rueda agotó todos los medios procesales de corrección a su alcance. Esto es, en la vía judicial presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que le fue favorable en primera instancia, pero revocada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, cuya decisión es cuestionada por esta acción tutelar y frente a la cual no procede ningún recurso judicial.

3.2.4. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que la decisión del Tribunal Administrativo de Santander se produjo el 19 de mayo de 2011 y la acción de tutela fue presentada el 01 de noviembre de 2011, es decir,

seis meses después. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional se cumple con el requisito de la inmediatez.

3.3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

A continuación, procede la Sala a examinar el cargo formulado por el demandante, a la luz de las precisas reglas que ha establecido la jurisprudencia para el efecto.

El Tribunal Administrativo de Santander SI incurrió en desconocimiento del precedente jurisprudencial establecido por esta Corte, en lo referente a la motivación del acto de desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, pues no tuvo en cuenta que esta Corporación en la sentencia SU-917 de 2010, reiteró la necesidad de motivar el acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad y, de igual forma en la sentencia T-830 de 2012, se estableció como defecto autónomo el desconocimiento del precedente constitucional, lo que encuadra en el caso objeto de estudio en esta ocasión. En dicho pronunciamiento se manifestó:

“El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia⁴⁴. Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y luego el juez ordinario resuelve un caso limitando sustancialmente dicho alcance o apartándose de la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En tales casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁴⁵ u otros mandatos de orden superior

Tal como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional tiene efectos vinculantes, razón por la cual incurre en arbitrariedad por desconocimiento de una disposición vinculante el funcionario judicial que toma una decisión por fuera de esa preceptiva.⁴⁶

En el caso *sub examine*, el actor considera que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en una causal de procedencia de la

⁴⁴ Ver sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-230 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁵ Ver sentencia T-123 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶ Sentencia T- 836 de 2004, MP, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

acción de tutela contra providencias judiciales, al desconocer el precedente establecido por esta Corporación acerca de la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, lo que condujo a que adoptara una decisión desfavorable a sus pretensiones.

Al respecto, en la providencia atacada el Tribunal sostiene:

“...respecto de la motivación del acto administrativo que desvincula a un trabajador en provisionalidad de la planta de personal de una entidad estatal el H. Consejo de Estado ha dicho lo siguiente en providencia de 25 de febrero de 2007, Subsección B, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 3090-2005:

“(...)la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, según el cual el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la Ley” ...

Entonces, 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 puede ser removido en cualquier momento, conforme a la Ley”.

En este contexto, considera la Sala que al revocar la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Bucaramanga y desconocer el precedente constitucional acerca de la motivación de los actos de desvinculación de las personas nombradas en provisionalidad, el Tribunal Administrativo de Santander ha incurrido en la causal específica de desconocimiento del precedente constitucional desarrollado por esta Corte en reiterada jurisprudencia.

De esta manera, la Corte en sentencias como las **T-251 de 2009**⁴⁷ y **T-917 de 2010**⁴⁸ ha sostenido que:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones

⁴⁷MP, Dra. Cristina Pardo Schlesinger

⁴⁸MP, Dr. Jorge Ivan Palacio

por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”⁴⁹.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Santander no tuvo en cuenta para su fallo lo establecido por la Corte Constitucional acerca de la **NECESIDAD DE MOTIVAR EL ACTO DE DESVINCULACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA**. Motivo por el cual, puede afirmarse que ha incurrido en una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocer el precedente jurisprudencial establecido por esta Corte.

En virtud de lo expuesto, la Sala no dejará en firme el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bucaramanga, sino que dejará sin efectos la sentencia proferida el diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011) por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto no siguió el mencionado precedente establecido por esta Corte. En consecuencia, se ordenará al Tribunal Administrativo de Santander que profiera una nueva sentencia teniendo en cuenta el precedente establecido por esta Corporación acerca de la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, por las razones expuestas en esta providencia.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia la sentencia de tutela proferida el catorce (14) de junio dos mil doce (2012), por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Aníbal Rueda Rueda contra el Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar, se

⁴⁹ Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

SEGUNDO.- DEJAR sin efectos la sentencia proferida el diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011) por el Tribunal Administrativo de Santander en el curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto no siguió el precedente establecido por esta Corte en lo concerniente a la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera.

TERCERO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Santander que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia teniendo en cuenta el precedente establecido por esta Corporación, en lo concerniente a la necesidad de motivar los actos de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

