

Sentencia T-857/07

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación como garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Falta de motivación

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Acto de desvinculación no requiere motivación

EMPLEADOS DE CARRERA-Retiro debe ser motivado

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Motivación del acto administrativo de desvinculación

ACTO ADMINISTRATIVO-Deber de motivar la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

Referencia: expediente T-1636951

Acción de tutela instaurada por Luis Guillermo Díaz Sánchez contra el Ministerio de la Protección Social y la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

Magistrado Ponente:
Dr. HUBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los

artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Guillermo Díaz Sánchez actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela el 28 de noviembre de 2006 contra el Ministerio de la Protección Social y la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad.

Hechos

1.- Aduce el ciudadano Díaz Sánchez que el día 10 de febrero de 2004 fue nombrado Director del Centro de Atención Ambulatoria en la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y, que el día 10 de agosto del mismo año renunció al mismo.

2.- Luego, por medio de Resolución No 452 del 11 de agosto de 2004 fue designado como Jefe de División en la entidad demandada, razón por la que manifiesta el peticionario que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del empleo público, ya que ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción y, posteriormente, fue nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

3.- Sostiene el demandante que con ocasión del proceso de reestructuración de la E.S.E. Francisco de Paula Santander, le informaron que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 el nuevo cargo de carrera administrativa que ocupaba -Profesional Especializado-, debía ser desempeñado por él en la Subgerencia Administrativa y Financiera.

4.- Afirma el actor que, posteriormente, mediante Resolución No 1066 del 15 de noviembre de 2006, fue declarado insubsistente su nombramiento, sin motivación alguna.

5.- Como consecuencia de lo anterior, manifiesta el peticionario que su condición de vida se ha visto afectada “... *pues de mi labor dependen mi esposa y una niña de seis (6) años. Además, que mi desvinculación me dejó sin atención en salud para mi y mi familia, ni seguridad social en general. De la misma manera, la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para lograr la protección de mis derechos, por cuanto acudir a otras vías judiciales de defensa, cuyo desarrollo y procedimiento es tan largo, llevaría a que mi condición actual de vida y de salud y el perjuicio al cual se encuentra expuesto, sea irreparable.*”

6.- Agrega, finalmente, que el artículo 11 de la Ley 1033 de 2006, el cual modificó la Ley 909 de 2004, excluyó de la convocatoria No. 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los empleos de las Empresas Sociales del Estado que estén en proceso de reestructuración, entre las cuales se encuentra la E.S.E. Francisco de Paula Santander.

Solicitud de tutela

7.- El actor solicita que se amparen los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la E.S.E. Francisco de Paula Santander el reintegro al cargo que venía desempeñando en la entidad o a otro de igual o superior jerarquía. De igual manera, exige el pago de los salarios y demás prestaciones a que tiene derecho desde el momento en que fue retirado del servicio hasta cuando sea reincorporado al cargo y, por último, que se declare que no ha existido solución de continuidad en el servicio, desde la fecha en la que fue declarado insubsistente su nombramiento hasta el día en que sea reincorporado.

En caso de no ser concedidas las anteriores pretensiones, de manera subsidiaria, solicita el demandante dejar sin efectos la Resolución No. 1066 del 15 de noviembre de 2006, por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento y, en consecuencia, que se ordene a la E.S.E. Francisco de Paula Santander que proceda a expedir el acto administrativo con la correspondiente motivación.

Pruebas allegadas al proceso.

8.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución No 048 del 10 de febrero de 2004 mediante la cual se nombra al ciudadano Luis Guillermo Díaz Sánchez en el cargo de Director del Centro de Atención Ambulatoria, código 00186, grado 08 en la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Copia del acta de posesión del señor Luis Guillermo Díaz Sánchez en el cargo de Director del Centro de Atención Ambulatoria, de fecha 10 de febrero de 2004.

- Copia de la Resolución No 449 del 10 de agosto de 2004, por medio de la cual se acepta la renuncia del señor Luís Guillermo Díaz Sánchez al cargo de Director del Centro de Atención ambulatoria de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Copia de la Resolución No 452 de fecha 11 de agosto de 2004 mediante la cual se nombra en provisionalidad al ciudadano Luís Guillermo Díaz Sánchez en el cargo de Jefe de División, código 2040, grado 24 de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Copia del acta de posesión del señor Luís Guillermo Díaz Sánchez en el cargo de Jefe de División, código 2040, grado 24 de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Copia de la Resolución de fecha 27 de agosto de 2004 por la cual se encarga al señor Luís Guillermo Díaz Sánchez como Subdirector Administrativo de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, código 0190, grado 07.

- Copia de la Resolución No 2942 del 23 de diciembre de 2005 mediante la cual se incorpora al demandante, en la nueva planta de personal, en el cargo de Profesional Especializado, código 3010, grado 22 de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, a partir del 1 de enero de 2006.

En dicho acto administrativo también se resolvió que el señor Díaz Sánchez “... *continuará recibiendo la asignación básica del empleo del nivel ejecutivo que traía en la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, hasta que se retire del servicio o cambie del empleo de profesional especializado al cual se incorpora mediante el presente acto, conforme lo señalado en el Decreto 4129 del 16 de noviembre de 2005.*”

- Copia del acta de posesión del seños Luís Guillermo Díaz Sánchez en el cargo de Profesional Especializado, código 3010, grado 22 de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Copia del oficio de fecha 19 de mayo de 2006, mediante el cual se le informa al señor Díaz Sánchez que por Resolución No 0467 del 23 de marzo de 2006 se resolvió que el cargo de Profesional Especializado Código 2040, grado 22 que ocupaba en la planta globalizada de la E.S.E. Francisco de Paula Santander está ubicado en la Subgerencia Administrativa y Financiera.

- Copia de la Resolución No 1066 del 15 de noviembre de 2006, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Luís Guillermo Díaz Sánchez en el cargo de Profesional Especializado, código 2028, grado 19 de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Copia auténtica del estudio técnico que sirvió de soporte para realizar el proceso de reestructuración llevado a cabo al interior de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

- Certificación de la naturaleza jurídica del cargo de Profesional Especializado, código 2028, grado 19. Al respecto señala:

*“ Que, mediante Decreto 4033 de 2005, que modifica la planta de personal, está incluido el cargo de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO**, Código 3010 Grado 22, y mediante resolución No 0962 del 18 de septiembre de 2006, se adopta el sistema de nomenclatura de empleos de la Planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, donde el cargo de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO**, Código 3010 Grado 22 quedó así **PROFESIONAL ESPECIALIZADO**, Código 2028 Grado 19. (anexo Resolución No 0962 de 2006).*

Según oficio No 010381 de Junio 9 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, da claridad que dichos cargos tienen connotación de Empleados Provisionales. (Anexo copia del oficio No 010381 de 9 de junio de 2006).

Dando cumplimiento a la Circular 0012 de 30 de diciembre de 2005 la Empresa envió el Formato No 002 (Remisión de información de los requisitos y perfiles de los empleos vacantes), de los cargos a proveer por concurso de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, para ser incluidos en la oferta.”

- Certificación de funcionarios profesionales especializados desvinculados desde el 1 de noviembre de 2006.

- Copia de la constancia suscrita por la Presidenta de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual manifiesta que “... según la información remitida por el Ministerio de la Protección Social, la E.S.E. Francisco de Paula Santander, del departamento de N. de S., se encuentra en proceso de reestructuración y, por tanto está excluida del concurso correspondiente a la Convocatoria No 001-2005 de esta Comisión.”

Intervención de las entidades demandadas.

Intervención presentada por la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

9.- El Jefe de la Oficina Asesora jurídica de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander explicó que ésta es una entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social.

Además, expuso que el cargo desempeñado por el ciudadano Luís Guillermo Díaz Sánchez es de carrera administrativa, pero que éste no accedió a dicho cargo por esta vía, por cuanto la Ley 1033 de 2006 excluyó de la convocatoria No 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil los empleos de las Empresas Sociales del Estado que se encontraran en proceso de reestructuración. Así, concluye que el señor Díaz Sánchez ocupaba el cargo de profesional especializado Código 2040 Grado 19 en provisionalidad, razón por la que afirma que la desvinculación del funcionario no requería motivación alguna.

Así mismo, sostuvo que el accionante se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, físicas y profesionales, por lo que está en capacidad de suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar.

Finalmente, solicitó que se declare improcedente la solicitud de amparo, pues el peticionario goza de otros mecanismos para atacar el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento.

Intervención presentada por el Ministerio de la Protección Social.

10.- Mediante escrito allegado al proceso el 14 de diciembre de 2006, la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio demandado, solicitó al Tribunal Administrativo de Norte de Santander no

acceder a las pretensiones del demandante. Argumentó para ello, en primer lugar que el señor Díaz Sánchez no fue ni es trabajador del Ministerio de la Protección Social, entonces, ésta entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Por último, alegó que existe otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para que el accionante logre lo pretendido, razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela iniciada en su contra.

DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia

11.- El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 14 de diciembre de 2006, negó por improcedente la acción de tutela al considerar que el peticionario cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento.

Igualmente, consideró que al demandante no se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso porque su vinculación a la E.S.E. Francisco de Paula Santander fue en provisionalidad, por lo que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto administrativo de insubsistencia no debía motivarse, dado que el empleado no gozaba de fuero de estabilidad.

Para finalizar, precisó que el ciudadano Díaz Sánchez no probó el perjuicio irremediable alegado, por lo que no resulta procedente conceder el amparo de manera transitoria. Asimismo, sostuvo que no se logró probar la afectación del derecho fundamental al mínimo vital ni de los derechos a la salud y a la seguridad social, ya que dadas sus condiciones profesionales se encuentra en capacidad de conseguir un nuevo empleo.

Impugnación

12.- El señor Luis Guillermo Díaz Sánchez, por su inconformidad con el anterior fallo, interpuso la impugnación oportunamente sin aducir fundamentos en su contra.

Sentencia de segunda instancia

13.- La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Consejo de Estado resolvió confirmar la decisión de instancia acogiendo los argumentos expuestos por el *a-quo*.

Revisión por la Corte

14.- Remitido el fallo a esta Corporación, mediante auto del 22 de junio de 2007, la Sala de Selección correspondiente dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

2.- El ciudadano, Luís Guillermo Díaz Sánchez, instauró acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, por considerar que éstas vulneraron sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y al mínimo vital al proferir el acto administrativo mediante el cual declaró insubsistente su nombramiento sin que, a su juicio, existieran razones para ello.

Las autoridades judiciales de instancia negaron el amparo por considerarlo improcedente, toda vez que existe otra vía judicial y no se presenta perjuicio irremediable.

De acuerdo con lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la declaratoria de insubsistencia de un funcionario que desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del mismo, por haberse proferido tal acto sin motivación alguna.

A fin de resolver el planteamiento expuesto, la Sala estima pertinente (i) reiterar su jurisprudencia respecto de la obligación de motivar el acto por medio del cual se declara insubsistente un funcionario que desempeña en provisionalidad un cargo de carrera (ii) establecer si en el caso concreto procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado. Reiteración de jurisprudencia.

3.- En diversas oportunidades esta Corte se ha pronunciado respecto de la motivación de los actos administrativos, como una garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, pues evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.

La necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, ha sido un asunto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera insistente y reiterada. Al respecto, ha subrayado esta Corte que - fuera de las actuaciones expresamente exceptuadas por la Ley - todo acto administrativo debe ser motivado, al menos, de manera sumaria¹. En este orden de ideas, ha dicho que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación².

Así mismo, ha subrayado también cómo la motivación de los actos administrativos es indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso, el cual está relacionado estrechamente con la publicidad de los actos, ya que una actuación secreta o reservada impide ejercer el derecho de contradicción. Salvo las excepciones previstas por la Ley, el retiro debe ser siempre motivado.

4.- En efecto, la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al *“tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador*³.” Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999.

² Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998.

³ Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

lazos de confianza de modo que *“el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación⁴.”*

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, *“la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución⁵.”* Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye *“una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno⁶.”*

Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Las personas que acceden a estos cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder pueden ocupar un puesto de carrera. La provisión de estos cargos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley⁷. La Legislación exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

5.- La legislación ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales *“mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”⁸*. En numerosas ocasiones⁹ y recientemente en la sentencia T- 222 de 2005 la Corte Constitucional ha dicho que:

“pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su

⁴ Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que ‘el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello’. Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar¹⁰ .”

Entonces, los actos por medio de los cuales se desvincula a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.

6.- Es necesario reparar una vez más en el sentido y en el alcance que tiene la motivación para quienes serán desvinculados de un cargo al que la Ley le confiere características de estabilidad, justamente por cuanto quienes los ocupan – así sea de modo temporal - cumplen con los méritos exigidos para tales efectos. El papel relevante de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se procede a desvincular funcionarios que ocupan de modo permanente o transitorio un cargo de carrera ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones y más recientemente en la sentencia T-552 de 2005.

En esa oportunidad indicó la Corte cómo el artículo 209 de la Constitución Política determina el principio de publicidad de las actuaciones que se adelantan ante la administración pública. Existe como se indicó un nexo estrecho entre la exigencia de motivar los actos administrativos de desvinculación de cargos de carrera – hayan sido estos ocupados de manera permanente o pasajera – y el principio de publicidad. En tal sentido, expresó la Corte,

“el deber de motivar tales actos representa una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a

¹⁰ Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.”

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.”

El requisito de la motivación se orienta, por lo demás, a satisfacer exigencias características de un gobierno democrático. De un lado, la obligación de rendir cuentas respecto de las actuaciones efectuadas. En otras palabras: la necesidad de explicar a las y a los administrados porqué se ha obrado de una determinada manera, tal como lo disponen los artículos 123 y 109 de la Constitución Nacional: “(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)”. De otro lado, se liga con el compromiso de “administrar bien”, esto es, de cumplir con un grupo de tareas que garanticen un “examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que [se] proyecta[n], previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación¹¹.” Por último, se conecta con la necesidad de facilitar el control de las actuaciones de la administración:

“así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo en el “instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo¹².”

¹¹ Sentencia T-552 de 2005.

¹² *Ibíd.*

De lo expuesto se deriva la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha conferido, en general, a la necesidad de motivar los actos administrativos y, en particular, a los actos orientados a desvincular funcionarios que ocupan cargos de carrera, cuestión que se extiende también a los procesos de desvinculación de personas que ocupan tales cargos en provisionalidad.

Procedencia de la acción de tutela cuando una persona que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad es desvinculada mediante un acto administrativo no motivado.

7.- Esta Corte ha manifestado, que debido a la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que automáticamente se legitime su procedencia, pues ésta no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

También, ha señalado¹³ que la acción de tutela sólo procede en situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo no resulte eficaz, al punto de estar la persona que alega la vulneración o amenaza, frente a un perjuicio irremediable.

Análisis del caso concreto.

8.- En el presente caso, los jueces de instancia, para denegar la solicitud de amparo, argumentaron la existencia de un medio alternativo de defensa judicial que hacía improcedente la acción de tutela, asunto que pasa a examinar la Sala.

El demandante considera que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad la decisión de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander de declarar insubsistente su nombramiento, sin motivación alguna, del cargo de carrera administrativa que ocupaba en provisionalidad.

¹³ Ver sentencia T-730 de 2003, entre otras.

Encuentra la Sala que, cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial. Sin embargo, en principio, la acción tutela no es la vía adecuada para dirimir esa controversia, y la persona afectada debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del acto.

Sin embargo, excepcionalmente puede acudirse a la acción tutela como mecanismo transitorio, para lo cual sería necesario establecer la existencia de un perjuicio irremediable y acudir de manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo, situaciones que no alega el señor Díaz Sánchez en el proceso objeto de Revisión.

9.- Como quiera que la pretensión del demandante es lograr su reintegro al cargo, la misma debe tramitarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, la jurisprudencia constitucional, ha manifestado que cuando sin motivación alguna se produce la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada, no a obtener el reintegro, sino la motivación del acto de desvinculación del servicio, tal y como lo solicita el actor como pretensión subsidiaria.

Es claro en el presente caso, que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial orientado a obtener que la Administración produzca esa motivación, que, como ha dicho la jurisprudencia, es necesaria para establecer si ha habido una lesión de los derechos fundamentales. Por consiguiente, resulta en este caso procedente la tutela como mecanismo definitivo, porque la decisión que resuelva que hay lugar al amparo, conduciría a una actuación de la Administración que es autónoma de los procesos contenciosos administrativos que podrían suscitarse a partir del acto de desvinculación.

10.- Ahora bien, uno de los argumentos de defensa de la entidad demandada, consiste en argumentar, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado no se requiere motivar el acto que desvincula a un trabajador que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad. Sin embargo, esta Sala no comparte dicho argumento, ya que desde el punto de vista constitucional y de la protección de los derechos fundamentales, es la Corte Constitucional quien realiza su

estudio jurídico, mientras que el realizado el Consejo de Estado, tiene como fin establecer la legalidad o no del acto.

De este modo, no obstante que, como se ha señalado, el acto de desvinculación de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera que se produce sin motivación alguna es susceptible de controversia en la vía contencioso administrativa, la jurisprudencia constitucional ha configurado como un derecho constitucional la motivación del acto de desvinculación de un empleo de carrera que se ocupa en provisionalidad, razón por la cual el mismo es susceptible de protección autónoma por la vía de la acción de tutela.

Por las consideraciones anteriores, la orden de amparo consistirá en obtener que la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander motive el acto de desvinculación, si existen motivos para ella, caso en el que si el afectado lo considera, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si la entidad demandada niega la motivación del acto de desvinculación, no obstante la conminación del juez de tutela, tal situación equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante los cuales se negó por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Luís Guillermo Díaz Sánchez. En su lugar **CONCEDER** la protección del derecho al debido proceso de la demandante.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la Resolución No. 1066 emitida el día 15 de noviembre de 2006 por parte del Gerente General de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

En consecuencia, se **ORDENARÁ** a la E.S.E que, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a expedir un nuevo acto administrativo en el cual se motive adecuadamente la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del ciudadano Luis Guillermo Díaz Sánchez. En caso de que la entidad demandada no motive adecuadamente el acto administrativo dentro de dicho término, deberá proceder a reintegrar al peticionario al cargo que desempeñaba, de manera inmediata.

TERCERO.- ADVERTIR al señor Luis Guillermo Díaz Sánchez que contra el acto administrativo que, en cumplimiento de esta providencia, profiera la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, podrá ejercer las acciones contenciosas administrativas pertinentes. Para tales efectos, los términos comenzarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

CUARTO. - LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General