

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL /
DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No se configura / PARÁMETRO DE
INDEMNIZACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD DEL ACTO
ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACIÓN DE UN FUNCIONARIO VINCULADO
EN PROVISIONALIDAD - Aplicación del criterio fijado por la Corte
Constitucional en sentencia de unificación**

[A]nte la existencia de una disparidad de criterios entre las razones de decisión de una decisión adoptada por la Corte Constitucional -en sede de control abstracto de constitucional o de unificación-, respecto de los fallos adoptados por otro Alto Tribunal, son los primeros los que deben prevalecer, en razón de las especiales funciones que el Constituyente primario le otorgó a la referida Corporación Judicial. En estos términos, resulta claro que el defecto por desconocimiento del precedente consagrado en las sentencias del Consejo de Estado, no se configura en el caso concreto, ello en atención a que el Tribunal Administrativo del Atlántico, al momento de resolver la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la aquí tutelante, dio aplicación a las reglas de decisión consagradas en la sentencia SU-556 del 2014 -relativas a la forma de fijación de la indemnización en casos de nulidad del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad-, las cuales resultaban vinculantes para su actividad jurisdiccional y para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico en relación con dicho punto de derecho. (...) Para concluir, la Sala reitera su posición en relación con la procedencia de dar aplicación a los criterios expuestos en la sentencia SU-556 de 2014 en los casos en que se declare la nulidad del acto administrativo de desvinculación de un funcionario vinculado en provisionalidad.

NOTA DE RELATORÍA: La posición de la Sección Quinta en relación con la vinculatoriedad de las sentencias de unificación dictadas por la Corte Constitucional se puede evidenciar en las sentencias: de 25 de febrero de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-00103-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro, de 17 de noviembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-00625-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, de 24 de noviembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-01066-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, de 1 de diciembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-01140-01, C.P. Rocío Araújo Oñate. Asimismo, en cuanto a la procedencia de dar aplicación a los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014 en los casos en que se declare la nulidad del acto administrativo de desvinculación de un funcionario vinculado en provisionalidad, ver la sentencia de 24 de noviembre del 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-01066-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C.; diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00424-01(AC)

Actor: IRALIS MAGETH BALDOMINO CABALLERO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO. SALA DE DESCONGESTIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Consejo de Estado – Sección Cuarta, mediante la cual negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Con escrito radicado el 4 de febrero del 2016¹ en la Secretaría General del Consejo de Estado, la demandante, actuando a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Descongestión, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Tales derechos los consideró vulnerados, al dictarse sentencia de segunda instancia el 31 de julio de 2015, al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra el Municipio de Palmar de Varela (Atlántico), con el fin de controvertir el acto administrativo mediante el cual fue declarado insubsistente su nombramiento como Secretaria Código 440, Grado 03 de la planta global de la administración central de la mencionada entidad territorial.

A título de amparo constitucional solicitó, que se le ordene al Tribunal accionado dejar sin efectos la sentencia controvertida, a fin de que en el término de 20 días dicte una decisión de reemplazo en la que *“se ciña a resolver los fundamentos del recurso de apelación presentado por el ente territorial demandado”*.

La parte accionante fundamentó la solicitud de amparo en las siguientes razones:

Indicó que el Tribunal demandado, al resolver la segunda instancia de la actuación judicial referida, modificó la providencia del Juzgado 6° Administrativo de Descongestión de Barranquilla, la cual dispuso su reintegro al empleo que

¹ Folios 1-11.

desempeñaba con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha de declaratoria de insubsistencia *“hasta tanto se hubiese posesionado la persona que debiera ocupar dicho cargo en propiedad”*. La modificación en comento consistió en modificar la indemnización dispuesta, para ordenarle en su lugar al municipio de Palmar de Varela, cancelar dichos salarios y prestaciones, *“hasta el momento de la sentencia por el término de seis (6) meses descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral público o privado dependiente o independiente hubiese percibido la actora”*.

Reprochó que el Tribunal Administrativo del Atlántico haya realizado tal modificación, aunque en la apelación presentada por el ente territorial con el fin de que se revocara el fallo de primera instancia, se limitó a argumentar que los cargos en provisionalidad se asimilan a los de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual el acto administrativo que declara la insubsistencia del nombramiento no debe ser motivado; de manera tal que en dicho medio de impugnación no se realizó consideración o solicitud alguna relativa a la modificación de la medida de restablecimiento del derecho, en el evento que se confirmara la decisión favorable a la parte demandante.

Agregó que con dicha modificación, el mencionado tribunal desconoció que su competencia estaba circunscrita a la sentencia controvertida y al recurso de apelación, motivo por el cual terminó profiriendo una decisión contraria al principio de congruencia y de los derechos fundamentales invocados. En respaldo de su dicho, transcribió algunas consideraciones de la sentencia de tutela del 9 de diciembre de 2010, del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Rad. 2010-01271-00, a través de la cual se accedió al amparo solicitado, al verificarse que en un proceso ordinario el juez de segunda instancia se extralimitó en el estudio de la controversia planteada, al pronunciarse respecto de asuntos que no fueron objeto de la apelación ni del fallo del *A quo*.

De otro lado, destacó que la providencia controvertida modificó la orden relativa a la indemnización con fundamento en la sentencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, según la cual, de la suma de dinero reconocida a título de indemnización, debe descontarse lo percibido por la parte demandante en virtud de una relación laboral pública o privada. A juicio de la peticionaria, dicha postura desconoce la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según la cual el mencionado descuento no es válido

en atención a que la indemnización reconocida no tiene por causa la prestación de un servicio, sino el daño producido por un retiro ilegal. Sobre el particular transcribió algunas consideraciones de la sentencia del 29 de enero de 2008, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante (no precisó el radicado).

Agregó que la sentencia de unificación antes señalada fue incorrectamente aplicada, en tanto la misma hace referencia a personas nombradas en provisionalidad que ocupaban cargos de carrera y que fueron desvinculados sin motivación alguna, mientras en su caso se trató de la falsa motivación y desviación de poder del acto administrativo a través del cual su nombramiento fue declarado insubsistente, circunstancias que afirmó pueden constatarse, en el hecho que fue reemplazada por una persona con menor experiencia profesional y que no superó el concurso de méritos como para predicar que se le nombró en propiedad.

Insistió, en que *“el Consejo de Estado ha sido claro, en que cuando es declarado insubsistente un empleado que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, si se anula dicho acto, el reintegro es condicionado solamente a que el cargo haya sido proveído por su titular, vale decir, la persona que previamente haya superado un respectivo concurso de méritos o haya sido trasladada o reincorporada a dicho cargo y en consecuencia, lo ocupe en propiedad”*. En respaldo de tal afirmación, trajo a colación algunas consideraciones de la sentencia del 18 de octubre de 2012 de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, Rad. 1090-2012, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Finalmente, precisó que interpuso la acción de tutela en cumplimiento del requisito de inmediatez, en atención a que la sentencia controvertida fue notificada por edicto fijado el 4 de diciembre de 2015 y desfijado el 9 de los mismos mes y año, y además, teniendo en cuenta el periodo de vacancia judicial del 18 de diciembre de 2015 al 12 de enero de 2016.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- La demandante ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Palmar de Varela (Atlántico), con el fin de que se declarara la nulidad del Decreto 0015 del 24 de enero de 2014, expedido por el alcalde de la entidad territorial, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Secretaria Código 440 – Grado 03, y en consecuencia, se ordenara su reintegro sin solución de continuidad en dicho empleo o en uno de similar o superior categoría, con el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la desvinculación hasta que se produzca el reintegro.

Para tal efecto, la peticionaria argumentó que el acto demandado adolecía de falta de motivación y de desviación de poder².

- Mediante sentencia del 28 de octubre de 2014, el Juzgado 6° Administrativo en Descongestión de Barranquilla, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó el reintegro de la accionante al cargo que desempeñaba, siempre y cuando el mismo no se encuentre ocupado por un empleado de carrera. Adicionalmente, dispuso el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir (entre ellos, los respectivos aportes de salud y pensión) desde su retiro hasta que se efectúe el reintegro, si este fuere posible, o en caso negativo, hasta que en dicho cargo se haya posesionado el empleado de carrera administrativa³.
- La anterior decisión fue apelada por el municipio demandado, que argumentó que la decisión de desvincular a la peticionaria se debió única y exclusivamente a la facultad discrecional del alcalde de nombrar y remover a los servidores públicos que no pertenecen a la carrera administrativa, en aras de mejorar la prestación del servicio público, sin que se haya probado en el proceso motivos o intenciones distintas para la adopción de la decisión controvertida, por lo que insistió, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, ni se acreditaron los cargos de falsa motivación y desviación de poder⁴.

² Folios 13 – 20.

³ *Ibidem*.

⁴ Folios 22-28.

- A través de sentencia del 31 de julio de 2015⁵, el Tribunal Administrativo del Atlántico, Subsección de Descongestión Laboral, modificó el fallo de primera instancia, *“en cuanto se ordena al Municipio de Palmar de Varela (Atlántico) a cancelar a la actora a título de indemnización los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta el momento de la sentencia por el término de seis (6) meses descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral público o privado dependiente o independiente hubiese percibido la actora”*.

Para tal efecto argumentó, que debe tenerse en cuenta la sentencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, que unificó la posición de dicha corporación, alrededor de las medidas de protección que deben adoptarse cuando se desvincula sin motivación a un funcionario nombrado en provisionalidad.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 15 de febrero del 2016⁶, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda y dispuso su notificación a la demandante, al Tribunal accionado y al municipio de Palmar de Varela como tercero interesado, con el fin de que en el término de 2 días rindieran informe sobre los hechos de la acción objeto de estudio.

Asimismo, dispuso que se notificara a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con el artículo 610 del CGP. Por otra parte, le reconoció personería jurídica al apoderado de la accionante.

3.2. Contestación del Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de Descongestión⁷

Se opuso al amparo solicitado argumentando lo siguiente:

⁵ Folios 30-40.

⁶ Folios 44-45.

⁷ Folios 57-59.

Indicó que la acción de tutela no cumple con los requisitos “*formales y ninguno de los específicos de procedibilidad*” contra providencias.

Destacó que después de analizar al interior del proceso ordinario, la sentencia de primera instancia, el recurso de apelación y el material probatorio, consideró necesario modificar aquella teniendo en cuenta la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional⁸, vigente para la fecha en que se dictó el fallo de segunda instancia.

Precisó, que si bien es cierto adoptó la posición de la Corte Constitucional, que es contraria a la del Consejo de Estado, “*el juez tiene potestad para decidir cuál de los precedentes aplica, siempre y cuando lo haga con una carga argumentativa que justifique el apartarse de las restantes decisiones*”, como lo hizo en la providencia controvertida.

Afirmó que la acción de tutela objeto de análisis se interpuso para provocar una instancia adicional de revisión de las decisiones adoptadas por los jueces ordinarios, propósito para el cual aquella es improcedente.

3.3. Contestación del Municipio de Palmar de Varela⁹

A través de su Secretaria del Interior y Asuntos Administrativos, después de realizar algunas consideraciones sobre los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, sostuvo la accionante pretende “*cambiar la decisión judicial por una que le sea favorable a sus intereses, situación que escapa al principio de la cosa juzgada y a la seguridad de las decisiones judiciales*”.

Añadió que no se advierte violación al debido proceso o alguna vía de hecho que permita acceder al amparo solicitado.

4. Fallo impugnado¹⁰

La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 13 de octubre de 2016, mediante la cual negó el amparo solicitado, por las razones que a continuación se sintetizan:

⁸ Hizo referencia a la sentencia SU-053 de 2015.

⁹ Folios 61-63.

¹⁰ Folios 77-87.

Luego de realizar algunas consideraciones sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, la causal específica de desconocimiento del precedente, y resumir los motivos de inconformidad de la peticionaria, todos ellos relacionados con la forma en que fue indemnizada al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió, destacó que si bien es cierto frente a casos similares sostuvo que correspondía aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en lo laboral, en el presente caso rectifica su posición, *“en el entendido que, en lo relacionado con los límites a la indemnización por despido injusto la Corte Constitucional emitió pronunciamiento en **sentencia de unificación** SU-556 de 2014, reiterada en sentencias SU-053 y 054 de 2015”*.

Indicó que dicha Corte *“consecuentemente con el propósito de que la reparación debe corresponder con el daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, dispuso que, en todo caso, la indemnización que debe ser reconocida no podrá ser inferior a los seis meses, que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, y, a su vez, límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio”*.

En ese orden de ideas resaltó, que el Tribunal accionado simplemente acogió la referida tesis, contenida en la sentencia SU-556 de 2014 y reiterada en los fallos SU-053 y 054 de 2015.

Argumentó que las anteriores sentencias fueron dictadas por la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia que le asiste de unificar la jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales, en virtud de la cual, las decisiones que adopta tienen fuerza vinculante.

Aclaró, que los efectos de la sentencia SU-556 de 2014 solo se predicán desde el momento en que se publicó, es decir, el 11 de febrero de 2015, de manera tal que sí debía tenerse en cuenta al momento de proferirse el fallo controvertido del 31 de julio del mismo año.

En ese orden de ideas sostuvo, *“no se encuentra acreditado el desconocimiento del precedente judicial invocado por la actora, según el cual, no procedía imponer límite a las indemnizaciones por despidos injustos de los funcionarios públicos”*.

Finalmente, frente al motivo de inconformidad relacionado con el presunto desconocimiento del principio de congruencia, afirmo que *“no está llamado a prosperar, en tanto que, aun cuando el límite a la condena impuesta a favor de la actora no fue un asunto objeto del recurso de apelación, lo cierto es que la aplicación de la sentencias de unificación de la Corte Constitucional no está condicionada a la petición de parte, por el contrario, corresponde al juez de conocimiento aplicar las normas y jurisprudencia vigente, sin que ello implique el desconocimiento de derechos y garantías constitucionales, aun cuando sean contrarias a los intereses de alguna de las partes”*.

5. Impugnación¹¹

La accionante solicitó que se revoque el fallo antes descrito y se acceda al amparo solicitado, para tal efecto transcribió los argumentos que expuso en el escrito de tutela, sobre (i) la presunta vulneración de los derechos invocados, (ii) el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado en cuanto a la forma de indemnizar a los funcionarios en que de manera ilegal fueron desvinculados, (iii) la incorrecta aplicación de la sentencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, y (iv) la supuesta extralimitación en que incurrió el Tribunal accionado al interior del proceso ordinario, al resolver el recurso de apelación.

De otro lado, reprochó que al notificarle por correo electrónico el fallo de tutela de primera instancia, 11 meses después de presentada la acción de tutela, no se le haya enviado una copia del mismo. Lo anterior, aunado a la imposibilidad, por presuntos problemas técnicos, de acceder a dicho documento, a través del link que le fue suministrado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

¹¹ Folios 93-96.

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia del 13 de octubre del 2016, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y el Acuerdo 55 de 2003.

2. Problema jurídico a resolver en la presente acción de amparo

Corresponde dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Incurrió la autoridad judicial accionada en una vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, al modificar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de nulidad por ella incoada, en el punto correspondiente a la forma en que se debe proceder a fijar la indemnización que le corresponde como medida de restablecimiento del derecho?

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(iii)** vinculatoriedad de las sentencias de unificación dictadas por la Corte Constitucional; **(iv)** análisis del caso concreto.

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹³ y declaró **su procedencia**¹⁴.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los

¹²Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia *“DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”*

requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

3.2. Vinculatoriedad de las sentencias de unificación dictadas por la Corte Constitucional

Las **sentencias de unificación que profiere la Corte Constitucional**, tienen fundamento normativo en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, en su condición de Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales y al tener la eventual revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los jueces.

El **carácter vinculante** de esta modalidad de sentencia obedece a que en ellas la Corte fija el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto de la forma que más se ajusta a la Carta, de tal manera que pretende garantizar el núcleo esencial del derecho fundamental cuyo alcance es fijado por la Corte.

La Corte Constitucional en la sentencia T-351 de 2011¹⁵ explicó que el sentido, alcance y fundamento normativo del carácter vinculante de los pronunciamientos de la Corporación en sede de unificación en tutela, lo constituye la necesidad dar una única interpretación a de los preceptos constitucionales por razones de igualdad, así como a los derechos fundamentales.

Esta Sala, en fallo del 17 de noviembre del 2016, en el expediente con radicación 11001-03-15-000-2016-00625-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, reiteró su posición¹⁶ al respecto de la prevalencia de las razones de decisión expuestas en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional –en control abstracto de constitucional y en sede de unificación en revisión de tutela- en los siguientes términos:

“Es tesis de esta Sala lo concerniente a la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, así como lo es también su carácter prevalente sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones, por cuanto el referido Tribunal

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-351 del 5 de mayo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁶ Posición igualmente reiterada en sentencia del 1º de diciembre del 2016, radicación 11001-03-15-000-2016-01140-01, C.P. Rocío Araújo Oñate.

tiene a su cargo la guarda de la supremacía de la Carta Política y, por lo tanto, resulta ser el intérprete autorizado de las disposiciones legales desde el punto de vista de su concordancia con los dictados de la Constitución¹⁷:

“(…) cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

(…)

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucional **o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental**, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, **vinculan a todos los jueces**.

En otros términos, **el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante**, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.

(…)

En consecuencia, la Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiende que **frente a criterios o posturas divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación, han de prevalecer los del Tribunal Constitucional, contenidos únicamente en sentencias de constitucionalidad y de unificación en tutela**, siempre que la ratio decidendi se aplique al caso concreto y, por tanto, su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente.” (Destacado por la Sala)

Sobre la base del criterio expuesto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, cuando definen el contenido y alcance de un texto legal desde la

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-15-000-2016-00103-00. C.P: Alberto Yepes Barreiro.

perspectiva propia de los postulados superiores, prevalecen sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones, entre ellas el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Significa lo anterior que aún bajo la circunstancia de que una posición jurisprudencial haya hecho tránsito en cualquiera de las altas corporaciones, si tal criterio difiere del sentado por la Corte Constitucional, ha de prevalecer el de esta última, por cuanto en el ejercicio de sus funciones está fijando doctrina constitucional que tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República.”

3.3. Caso concreto

De conformidad con los antecedentes expuestos, así como de las razones jurídicas de la decisión antes descritas, esta Sala considera que en el caso concreto es procedente confirmar el fallo de primera instancia adoptado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, bajo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, como se determinó en el numeral inmediatamente anterior, ante la existencia de una disparidad de criterios entre las razones de decisión de una decisión adoptada por la Corte Constitucional –en sede de control abstracto de constitucional o de unificación-, respecto de los fallos adoptados por otro Alto Tribunal, son los primeros los que deben prevalecer, en razón de las especiales funciones que el Constituyente primario le otorgó a la referida Corporación Judicial.

En estos términos, resulta claro que el defecto por desconocimiento del precedente consagrado en las sentencias del Consejo de Estado, no se configura en el caso concreto, ello en atención a que el Tribunal Administrativo del Atlántico, al momento de resolver la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la aquí tutelante, dio aplicación a las reglas de decisión consagradas en la sentencia SU-556 del 2014 –relativas a la forma de fijación de la indemnización en casos de nulidad del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad-, las cuales resultaban

vinculantes para su actividad jurisdiccional y para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico¹⁸ en relación con dicho punto de derecho.

De esta forma, no resulta reprochable desde el punto de vista constitucional la actuación desplegada por el tribunal accionado, situación por la cual, el defecto en tal sentido es impróspero.

De otro lado, la aplicación dada por el Tribunal Administrativo del Atlántico a la sentencia SU-556 del 2014, resulta desde todo punto de vista acertada, en tanto en la referida providencia se fijó el parámetro de indemnización en los casos en que se declare la nulidad del acto de desvinculación de un funcionario público nombrado en provisionalidad, sin que para el efecto resulte relevante la razón por la cual se declare la ilegalidad del acto administrativo correspondiente.

Así se puede derivar del texto de la referida providencia, en donde los motivos por los cuales se fijaron las referidas reglas, obedecieron a la naturaleza de la vinculación en provisionalidad y al efectivo daño causado con la desvinculación ilegal, tal y como se observa, entre otras, de las siguientes consideraciones:

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

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

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-053 del 2015.

causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

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

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

Finalmente, es de resaltar que no es procedente considerar que en el presente caso se configuró una violación al principio de congruencia o una extralimitación en la competencia y facultades del juez *ad quem*, ello en la medida en que se trató del uso de las reglas de derecho fijadas en una sentencia de unificación dictada por la Corte Constitucional, pronunciamiento que como ya se ha expuesto en forma precedente, resulta vinculante para los demás operadores jurídicos en el país.

En este punto, encuentra la Sala que resulta acertada la consideración efectuada por la Sección Cuarta de esta Corporación al resolver la primera instancia del presente trámite constitucional, cuando señaló que la aplicación de las sentencias de unificación o de constitucionalidad al momento de resolver un caso concreto, no puede estar supeditada a la petición de parte o al debate de la litis, pues ello desconocería los efectos obligatorios y/o vinculantes de los mismos.

Para concluir, la Sala reitera su posición¹⁹ en relación con la procedencia de dar aplicación a los criterios expuestos en la sentencia SU-556 de 2014 en los casos en que se declare la nulidad del acto administrativo de desvinculación de un funcionario vinculado en provisionalidad, la cual se expuso en decisión adoptada recientemente en los siguientes términos:

*“De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, en la providencia mencionada, señaló que la jurisprudencia ha venido evolucionando en la dirección de **vincular el monto de la indemnización con el daño efectivamente sufrido por el servidor público**, el cual debe corresponder a lo dejado de percibir durante el tiempo en que aquél ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, esto, con el fin de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación.*

En razón a lo anterior, fijó una regla, según la cual a la suma indemnizatoria a que tiene derecho el empleado público, habrá de descontársele todo lo que haya recibido durante el periodo de desvinculación, como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que aquella sea menor a los 6 meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciendo, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta 24 meses, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

(...)

*En ese orden es claro que la sentencia de unificación 556 de 2014, estudió los casos en los que se desvinculó a personas que ocupaban en provisionalidad cargos de carrera, y estableció que, **el monto de la indemnización debe corresponder con el daño efectivamente sufrido**, de manera que su cuantificación debe coincidir con lo dejado de percibir durante el tiempo que permaneció cesante con motivo del retiro injustificado.*

Lo anterior partiendo de la base de que la indemnización no puede devenir en un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a

¹⁹ Sentencia del 24 de noviembre del 2016, radicación 11001-03-15-000-2016-01066-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

causa de la desvinculación y, atendiendo además, a la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

*En tal medida, cuando se endilga la responsabilidad del Estado, bajo cualquier tipo de imputación, debe hacerse una clara diferenciación entre el **daño** y los **perjuicios** que de este se derivan, pues, el primero, es producto o se concreta en la desvinculación ilegal del cargo, mientras el perjuicio dependerá de una serie de elementos existentes, no supuestos y, además, jurídicamente determinable en el tiempo. Por ello, cuando se profieren condenas en contra del Estado lo que realmente determina el monto de la indemnización es el perjuicio irrogado al particular. En ese sentido, la condena debe tener un carácter indemnizatorio, tender exclusivamente a resarcir.*

En virtud de lo anterior, considera la Sala que la aplicación de la sentencia SU-556 de 2014, en la sentencia objeto de inconformidad a efectos de limitar la cuantía de la indemnización que debía pagar el municipio de Circasia a la señora Mejía Serna, no comporta una vulneración de sus derechos fundamentales.”

De esta forma, no se evidencian motivos suficientes para proceder a revocar la decisión adoptada en el fallo del 13 de octubre del 2016, por medio de la cual se negó el amparo solicitado por la señora Iralis Mageth Baldomino Caballero, razón por la cual el mismo será confirmado en la parte resolutive de la presente providencia.

Por lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en uso de facultades constitucionales y legales,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo solicitado por la señora Iralis Mageth Baldomino Caballero.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el

expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO