

T-032-16

Sentencia T-032/16

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

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Formas en que puede ser desconocida la jurisprudencia

CAMBIO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL MONTO DE LA INDEMNIZACION A SERVIDOR PUBLICO DESVINCULADO SIN MOTIVACION, DE UN CARGO DE CARRERA QUE DESEMPEÑABA EN PROVISIONALIDAD-Sentencia SU-556 de 2014

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

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-Alcance

PROHIBICION DE EXCESO EN PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación

La prohibición de exceso se constituye en un elemento fundamental de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, por cuanto éste se traduce en un límite a los poderes de aquél, y no sólo en materia del Derecho Penal –tratándose del derecho a la libertad-, sino que se extiende y/o adecua tanto al Poder Ejecutivo, como al Legislativo y el Judicial, de ahí su relación directa con la eficacia de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, “que exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales, esto es, que el beneficio de una intervención (se sobreentiende que será adecuada) supere el perjuicio”

SOSTENIBILIDAD FISCAL COMO CRITERIO ORIENTADOR-Jurisprudencia constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por vulneración del debido proceso de Municipio condenado a pagar indemnización a funcionario despedido sin motivación, en provisionalidad en cargo de carrera, y aplicar precedente de la sentencia SU556/14

Referencia: expediente T-5.135.176

Acción de tutela interpuesta por el Municipio de Tumaco contra el Tribunal Administrativo de Nariño.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de 2016

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 14 de mayo, y por la Sección Quinta de la misma Corporación el 3 de agosto de 2015,

dentro del proceso de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1. Mediante Decreto 018 del 3 de septiembre de 2004, el señor Jorge Roberto Rodríguez Gath fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Profesional Universitario de la planta de la Secretaría de Salud del Municipio de Tumaco (Nariño), y fue declarado insubsistente mediante Decreto 084 de mayo 23 de 2005[1], sin motivación.

El señor Rodríguez Gath demandó la legalidad del acto de insubsistencia por cuanto el mismo carecía de fundamentos legales, dado que “la persona que expidió el Decreto No. 084 de mayo 23 de 2005, considera erradamente que una persona (sic) que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa es como si ocupara un cargo de libre nombramiento y remoción y que por lo tanto, puede ser declarada insubsistente en cualquier momento sin motivación alguna”[2]. Del proceso conoció por reparto el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto[3].

El demandante en la acción contenciosa, agregó que su caso particular no se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 443 de 1998[4], toda vez que el cargo que ocupó en provisionalidad era de carrera y no correspondía a los denominados de libre nombramiento y remoción, ya que no se trataba de un empleo en el que se cumpliesen funciones de dirección, conducción u orientación institucional que implicasen un alto grado de confianza, más aún, cuando su labor no estaba al servicio directo del Alcalde municipal, sino del Secretario de Salud.

En ese sentido, citó la jurisprudencia del Consejo de Estado[5], en la que se aclara que “los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública tienen una estabilidad restringida, pues, para su desvinculación, debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso”[6].

Tal razonamiento, se apoyó en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional definido en las providencias SU-917 de 2010[9] y T-553 de 2012[10], en las cuales se entendió que de conformidad con lo señalado en los artículos 13, 23 y 125 de la Carta

Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2004[11] y 10 del Decreto 1227 del mismo año[12], el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe hacerse mediante acto administrativo motivado.

En consecuencia, el Juzgado accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó al Municipio de Tumaco reintegrar al demandante al cargo que venía ocupando o a uno de igual o superior jerarquía, bajo el entendido de que no había existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde el 23 de mayo de 2005 hasta el momento en que se hiciera efectivo dicho reintegro, condenándolo a liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta el reintegro al cargo o nombramiento en propiedad si fuere del caso.

1.1.3. El Municipio de Tumaco interpuso el respectivo recurso de apelación, en el cual expuso que según lo estableció el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968[13], el nombramiento de un ciudadano para ocupar un empleo del servicio civil que no esté inscrito en carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad.

A su juicio, solamente el sometimiento a las etapas de un concurso y la superación de las mismas, “son las condiciones para predicar los derechos que otorga la carrera administrativa”[14], motivo por el que una persona cuyo nombramiento no obedezca a tales condiciones, puede ser declarada insubsistente, entre otras, en virtud de lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 443 de 1998[15] y las normas contempladas en el Decreto Ley 2400 de 1968.

1.1.4. En la oportunidad procesal para alegar de conclusión, el Municipio expresó que la providencia recurrida, al momento de ordenar el reintegro sin solución de continuidad, vulneraba lo consagrado en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992[16], conforme el cual “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado (...)”, razón por la que solicitó que en el evento de ser confirmada la decisión del Juzgado a quo, “debe aclararse que el Municipio de Tumaco descontará las sumas de dinero recibidas por el actor por concepto de salarios devengados en otras entidades del Estado”[17].

1.1.5. Mediante sentencia del 19 de agosto de 2014, el Tribunal Administrativo de Nariño

confirmó el fallo de primera instancia. Para ello, hizo alusión a la naturaleza de la vinculación del demandante, determinando que de conformidad con el material probatorio aportado, aquél fue nombrado en provisionalidad, es decir, que ostentó un fuero de estabilidad intermedio según lo dictado por la Corte Constitucional en sentencias C-279 de 2007[18], T-132 de 2007[19], entre otras.

Igualmente, reseñó pronunciamientos del Consejo de Estado, tales como la sentencia No. 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-08)[20], en la que se pone de presente que “la obligatoriedad de la administración de motivar los actos por medio de los cuales se desvincula a un funcionario que esté desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa”[21].

1.1.6. Finalmente, y en relación con el desconocimiento de lo regulado por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, dijo el Tribunal Administrativo de Nariño, que “el apelante desconoció las razones esbozadas (sic) del a quo en el sentido de indicar que el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por efecto del acto anulado, ostenta un carácter indemnizatorio, además de que en el proceso no se demostró que el demandante desempeñara cargo alguno que permita hacer un análisis diferente”[22].

1.2. Demanda de tutela

1.2.1. El día 18 de noviembre de 2014, el Alcalde del Municipio de Tumaco, a través de apoderado judicial[23], interpuso acción de tutela en contra de la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño del 19 de agosto de 2014 -confirmatoria de la providencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto el 12 de abril de 2013- que ordenó el reintegro sin solución de continuidad del señor Rodríguez Gath. A su juicio, este fallo desconoce lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, según el cual “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado (...)”.

Expuso asimismo, que si bien el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño se habría amparado en las sentencias de la Corte Constitucional SU-917 de 2010[24] y SU-691 de 2011[25], a través de las cuales se ha determinado la procedencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo de insubsistencia cuando aquél no fuese debidamente

motivado, dando efectividad al reintegro sin solución de continuidad, tal posición cambió con la expedición de la providencia SU-556 de 2014[26], en donde la Corte dispuso que en el evento de los provisionales declarados insubsistentes sin motivación, lo que procedía era “(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”.

1.2.2. En ese orden de ideas, para el Municipio tutelante resulta evidente que el fallo del Tribunal Administrativo demandado, no sólo desconoció el precedente antes descrito, sino que además es desproporcionado, ya que la condena implica el pago de salarios y prestaciones sociales por más de nueve años, máxime cuando el ente territorial se encuentra en ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos dispuesto por la Ley 550 de 1999.

1.2.3. De acuerdo con ese planteamiento, la entidad solicitó tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia por desconocimiento del precedente fijado por la Corte Constitucional en el fallo SU-556 de 2014, y en consecuencia, dejar sin efectos parcialmente la providencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Nariño, para que se dicte un nuevo pronunciamiento que tenga en cuenta los nuevos estándares constitucionales.

1.3. Contestación de la accionada

1.3.1. El Tribunal Administrativo de Nariño[27] pidió declarar improcedente la presente acción de tutela, y para ello, realizó un recuento procesal del asunto contencioso, determinando que la sentencia que hoy se cuestiona, en lo relativo a la facultad discrecional, tuvo en cuenta tanto los postulados legales como jurisprudenciales que le permitieron concluir que el Decreto 084 del 23 de mayo de 2005, carecía de motivación o argumentos que justificasen la declaratoria de insubsistencia.

1.3.2. Frente al supuesto desconocimiento del artículo 19 de la Ley 4º de 1992, “se reitera lo dicho en esa oportunidad por este Tribunal, en el sentido que el apelante desconoció las razones esbozadas del a quo en el sentido de indicar que el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por efecto del acto anulado, ostenta un carácter indemnizatorio, además de que en el proceso no se demostró que el demandante desempeñara cargo alguno que permita hacer un análisis diferente”[28].

1.3.3. Finalmente, y en relación con la pretensión sobre el desconocimiento del precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, el Tribunal accionando no realizó ningún pronunciamiento.

1.4. Intervención del tercero con interés[29]

1.4.1. El señor Jorge Roberto Rodríguez Gath, en su calidad de tercero con interés, expuso que la acción de tutela no cumple con los requisitos generales de procedencia, “así pues, y sobre el requisito de relevancia constitucional, el mismo actor es quien afirma que la relevancia radica esencialmente en la unificación del precedente jurisprudencial sobre la motivación del acto administrativo de retiro de los empleados provisionales, tema que en el presente caso ya fue resuelto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa”[30].

Asimismo, señaló que el Municipio de Tumaco no agotó la totalidad de mecanismos judiciales a su alcance, ya que contaba con el recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado, no obstante, interpuso como mecanismo directo la acción de tutela que nos ocupa.

1.4.2. Manifestó que el asunto que hoy se debate no fue planteado en sede judicial ordinaria, de manera que una decisión a favor del Municipio vulneraría sus derechos fundamentales a la garantía del precedente jurisprudencial, seguridad jurídica, coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, el derecho a la igualdad, la buena fe y la confianza legítima, en tanto que no resulta aceptable reabrir un debate procesal ya culminado cuando se profiere una jurisprudencia más favorable a los intereses de una de las partes, tal y como ocurre en el caso bajo estudio, por cuanto para el 12 de abril de 2013, fecha de la sentencia de primera instancia, ya existía un precedente jurisprudencial consolidado en la sentencia SU-917 de 2010.

1.4.3. Ahora bien, en cuanto al fondo del asunto, el demandante expuso tres argumentos que a continuación se sintetizan:

1.4.3.1. En relación con el desconocimiento de los criterios demarcados en la sentencia SU-556 de 2014, el interviniente argumentó que es un cambio de jurisprudencia reciente que “si bien se conoció antes de que el Tribunal Administrativo de Nariño dictara sentencia de segunda instancia, no puede ser aplicado a un proceso judicial que se encontraba en curso”[31].

Esto, en razón a que la sentencia del Juzgado Administrativo de Descongestión estuvo ajustada al precedente que para el momento de los hechos se encontraba vigente y consolidado, es decir, el contemplado en la providencia SU-917 de 2010 y demás fallos concordantes.

1.4.3.2. Por otro lado, manifestó que el precedente jurisprudencial de la sentencia descrita en el anterior numeral, no establece la protección de derechos fundamentales de entidades públicas, ya que éstos sólo se predicen de los particulares.

1.4.3.3. Finalmente, frente a la vulneración de las garantías constitucionales, dijo que el Municipio de Tumaco ejerció debidamente su derecho de defensa durante la totalidad del proceso contencioso administrativo, y en ningún momento hizo alusión a la aplicación de la sentencia SU-556 de 2014, toda vez que la misma se profirió hasta el 24 de julio de 2014, fecha en la cual ya se habían surtido las etapas procesales correspondientes.

Textualmente expresó: “Es por eso que resulta inviable que el Municipio de Tumaco solicite la protección de sus derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia y desconocimiento del precedente constitucional, por cuanto la situación fáctica contemplada en la sentencia SU 556/14 es sustancialmente diferente, dado que el sujeto de protección en dicha sentencia fue el particular y no el Estado”[32].

1.4.4. Con todo lo expuesto, solicitó negar el amparo constitucional, por cuanto el Tribunal demandado no vulneró los derechos fundamentales del Municipio demandante.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 14 de mayo de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales del Municipio de Tumaco al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, al estimar que si bien la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, aplicó el precedente del Consejo de Estado en relación con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de desvinculación de un funcionario por concepto de indemnización, para la fecha en que fue proferido el fallo de segunda instancia ya se encontraba vigente la providencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, y con esto, los fundamentos en ella descritos frente a las limitantes y restricciones que debe tener en cuenta el juez contencioso al momento de “imponer la condena a título de restablecimiento del derecho consistente en el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir durante el tiempo de la desvinculación”[33].

2.2. Impugnación

2.2.1. El señor Jorge Roberto Rodríguez Gath, en calidad de tercero interviniente, impugnó la decisión de primera instancia, argumentando que el fallo del Tribunal Administrativo no desconoció el precedente judicial contenido en la sentencia SU-556 de 2014, puesto que al existir dos precedentes judiciales vigentes, uno de la Corte Constitucional y otro del Consejo de Estado, el juez se encuentra en plena libertad de acoger el que considere más idóneo para resolver el caso en concreto.

En ese sentido, tanto el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión, como el Tribunal Administrativo de Nariño, se acogieron de manera expresa al precedente dictado por el Consejo de Estado, motivo por el cual “no hay razón para que la Sala, deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, argumentando que la corporación debe escoger y explicar qué precedente jurisprudencial aplica al caso, pues evidentemente ya lo hizo”[34], sobre todo, porque al ser un asunto contencioso administrativo, es el Consejo de Estado quien fija los parámetros jurisprudenciales que deben aplicarse, incluso, “antes que lo dicho por la Corte Constitucional”.

Además, atender el argumento de la Corte Constitucional en la providencia antes mencionada, implicaría la vulneración del principio de confianza legítima, “en la medida de que se trata de una jurisdicción diferente y de un fallo proferido recientemente que no aplica desde luego para la situación fáctica y jurisprudencial que imperaba al momento de

incoar la demanda y fallarse en primera y segunda instancia”[35].

2.2.2. Más adelante, sostuvo que no puede exigírsele al ente demandado aplicar el precedente sentado por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, toda vez que “se trata de un precedente impuesto por una corporación diferente a la suya, y tal exigencia, como lo menciona la propia Corte Constitucional, solo se le impone al juez que se aparta por completo de un precedente horizontal o vertical, y crea una postura nueva (...)”[36].

2.3. Sentencia de segunda instancia

2.3.1. A través de providencia del 3º de agosto de 2015, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la sentencia del juez a quo negando el amparo invocado, y en consecuencia, ordenó dejar sin efectos toda decisión que se haya proferido en cumplimiento de lo dispuesto por la Sección Cuarta de esa misma Corporación judicial.

2.3.2. Para arribar a tal decisión, argumentó que sobre la cuestión de fondo estudiada por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-556 de 2014, existe precedente del Consejo de Estado, en el “que se estableció que el hecho de no descontar de la condena las sumas que hubieren devengado los funcionarios despedidos sin motivación y que hayan laborado en otras entidades, no implica incurrir en la prohibición legal de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, por cuanto el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de desvinculación de un funcionario corresponde a la indemnización del daño sufrido por la expedición del acto ilegal”[37], situación y criterio adoptado por el ente accionando, es decir, ajustado a la línea acogida por el máximo Tribunal Contencioso, de manera que no se incurrió en vulneración alguna de los derechos fundamentales deprecados por el Municipio demandante.

2.4. Actuaciones en sede de revisión

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, mediante Auto del 28 de septiembre de 2015.

III. PRUEBAS

Dentro del plenario de tutela reposa una copia simple del proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho No. 52001-33-31-002-2005-01547-00 (5607), junto con las providencias de primera y segunda instancia.

Igualmente, hace parte del acervo probatorio la certificación expedida por la Dirección General de Apoyo FISCAL -DAF-, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en relación con la inscripción de los acuerdos de reestructuración de pasivos suscritos por el Municipio de Tumaco en concordancia con lo dispuesto por la Ley 550 de 1999.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por lo dispuesto en el Auto del 21 de noviembre de 2014, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de esta Corporación.

4.2. Análisis de procedencia

Antes de realizar el estudio del caso planteado, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86[38] de la Carta y en el Decreto 2591 de 1991[39].

4.2.1. Legitimación en la causa

Previo al planteamiento de los problemas jurídicos a resolver, se hace necesario analizar si en esta oportunidad se satisface la legitimación por activa y por pasiva de la acción de tutela.

4.2.1.1. Legitimación en la causa por activa

La legitimación en la causa por activa se acreditó en esta oportunidad, puesto que conforme a los artículos 86 y 314[40] de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991[41], el Alcalde del Municipio de Tumaco actúa en calidad de representante legal del ente territorial cuyos derechos fundamentales se estiman violados, y, para el caso en concreto, lo hace a

través de apoderado judicial, según consta en el poder visible a folios 33 y 34 del expediente de tutela.

4.2.3.2. Legitimación en la causa por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto 2591 de 1991[42], el Tribunal Administrativo de Nariño es demandable a través de acción de tutela, puesto que es una autoridad pública a la que se le atribuye una actuación lesiva de los derechos fundamentales del accionante.

4.2.3.3. Vinculación de tercero con interés

Mediante Auto del 20 de noviembre de 2014[43], la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió el presente amparo constitucional, y ordenó notificar de la existencia de la misma al señor Jorge Roberto Rodríguez Gath, tercero con interés legítimo, como quiera que fue el accionante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 52001-33-31002-2005-01547-00 en el que el Municipio de Tumaco actuó como parte demandada.

4.3. Afectación de derechos fundamentales

A juicio de la entidad accionante, el Tribunal Administrativo de Nariño, a través de providencia del 19 de agosto de 2014, vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

4.4. Planteamiento del problema jurídico y esquema de solución

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a esta Corporación determinar si la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño, en la que se ordena a título de restablecimiento del Derecho -por una declaratoria de insubsistencia sin motivación-, el reintegro de un funcionario y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, vulnera el derecho al debido proceso de la entidad demandada, por ser contrario al precedente constitucional en la materia o por desconocer las disposiciones superiores de las que se derivaría la necesaria existencia de unos límites materiales en relación con la cuantía de la indemnización.

De ese modo, por la naturaleza del asunto, de manera preliminar se estudiará lo relativo a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para luego, de resultar positivo dicho examen, analizar si existió o no desconocimiento del precedente constitucional invocado por la entidad demandante, o si es posible encontrar configurada otra causal de procedibilidad de este recurso, como la violación directa de la Constitución, en razón de la alegada desproporción de la condena.

4.5. Viabilidad de la acción de tutela para controvertir la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño

4.5.1. En múltiples oportunidades[44] esta Corporación ha considerado la improcedencia general de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, principalmente, porque ello afectaría gravemente la independencia judicial. No obstante, de manera excepcional, la Corte ha admitido la viabilidad del recurso de amparo para controvertir sentencias jurisdiccionales, siempre y cuando se cumpla con ciertos criterios y condiciones específicas.

4.5.2. Bajo esa perspectiva, se ha estimado que una providencia puede ser atacada mediante la acción de tutela, cuando se presenten las condiciones sistematizadas en la sentencia C-590 de 2005[45], las cuales fueron instituidas con el propósito de salvaguardar la ya mencionada autonomía judicial, y por ende, la seguridad jurídica como expresión máxima de la confianza legítima en las decisiones del Estado.

Tales condiciones han sido clasificadas en generales y especiales. Las primeras, hacen referencia al cumplimiento de las exigencias constitucionales para emitir un pronunciamiento de fondo, mientras que las segundas, apuntan a determinar la existencia de los vicios que por vía de tutela se cuestionan y la prosperidad o no del amparo.

En ese sentido, tenemos que la acción de amparo resulta procedente siempre y cuando se cumpla, de manera estricta, con los requisitos generales y especiales de procedibilidad del recurso constitucional contra providencias judiciales, a saber:

“(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (...)

(ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona

afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(...)

(iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (...)

(iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...)

(v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(...) y

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela (...)."

4.5.3.1. Relevancia constitucional:

En múltiples oportunidades se ha dispuesto que el juez de tutela no puede estudiar cuestiones que carezcan de trascendencia iusfundamental.

En el sub lite se configura un asunto de relevancia constitucional, bajo el entendido de que las presuntas deficiencias del fallo controvertido habrían implicado, según la entidad demandante, la vulneración de un derecho fundamental como el debido proceso. Además de lo anterior, el Municipio actor considera que el Tribunal Administrativo de Nariño, profirió su decisión sin tener en cuenta el precedente dictado por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, que, a su juicio, resultaba aplicable para dirimir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Jorge Roberto Rodríguez Gath.

4.5.3.2. Agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios:

La Sala encuentra que en el proceso contencioso administrativo adelantado por el señor Jorge Roberto Rodríguez Gath, no existe un mecanismo de defensa judicial que permita el amparo de las garantías presuntamente vulneradas, pues contra la sentencia de segunda instancia (objeto de controversia en el trámite de tutela) proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, no procede recurso ordinario alguno. Con respecto al recurso

extraordinario de revisión referido en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, el mismo establece ocho causales de procedencia, a saber:

“1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

Bajo ese aspecto, la Sala, al realizar el análisis tanto de los hechos, como de las pretensiones y decisiones de instancia ordinarias, considera que la situación que hoy se estudia no encaja en ninguna de las causales descritas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ello, por cuanto se trata de un recurso extraordinario de revisión, al que se acude siempre y cuando se configure alguna de tales exigencias, motivo por el cual, no puede endilgarse un desconocimiento de dicha oportunidad procesal cuando no se comprueba su relación entre la realidad del expediente y aquellas.

4.5.3.3. Inmediatez:

El fallo objeto de cuestionamiento fue notificado por edicto el 2 de septiembre de 2014, siendo interpuesta la acción de tutela el 18 de noviembre del mismo año, es decir, un poco más de dos meses de ocasionada la presunta lesión de los derechos fundamentales invocados, motivo por el que se entiende que es un término razonable que permite acudir a

este medio de protección.

4.5.3.4. Exposición clara y razonable de los supuestos fácticos que originan la vulneración, y su alegación en el proceso judicial ordinario:

Igualmente, es dable determinar que para el sub lite se han identificado de manera clara y razonable los hechos generadores de la trasgresión de los derechos constitucionales invocados, que a juicio de la entidad demandante se traducen en el desconocimiento del debido proceso en razón de la imposición de una condena de indemnización de perjuicios que desconoce el hecho de que durante el tiempo cubierto por ésta, el señor Jorge Roberto Rodríguez Gath pudo haber recibido remuneración del tesoro público por concepto de otros vínculos de carácter laboral y que, en todo caso, la condena resulta desproporcionada, todo lo cual implicaría contrariar la regla indemnizatoria para servidores vinculados en provisionalidad que han sido desvinculados sin motivación, prevista en la sentencia SU-556 de 2014.

4.5.3.5. Que la providencia atacada no se trate de un fallo de tutela:

4.5.4. Realizado el examen de los requisitos generales de procedencia, de acuerdo con la sentencia C-590 de 2005[47], es preciso analizar las causales especiales de procedencia:

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

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

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales 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 vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución”.

En virtud de ello, y en concordancia con la formulación de los problemas jurídicos, encuentra la Sala que la demanda presentada por el Municipio puede encuadrarse, o dentro de la causal de desconocimiento del precedente constitucional, en razón del apartamiento que la sentencia del Tribunal presenta en relación con las reglas de decisión fijadas en la Sentencia SU-556 de 2014 o, de manera alternativa, en la causal de violación directa de la Constitución, debido al, en criterio del municipio, carácter abiertamente desproporcionado de la condena.

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

4.6.1. En reiterada jurisprudencia, esta Corporación se ha detenido a definir tanto el concepto, como los alcances del “precedente”[48] constitucional, entendiéndolo, básicamente, como aquella providencia “o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”[49].

En efecto, la Corte tiene la potestad de señalar el alcance del núcleo esencial de los derechos fundamentales, al igual que la interpretación que sobre tales haya lugar, fijando cuál es el precepto más adecuado de aplicación a un determinado asunto, y en

consecuencia, el que en mayor grado se ajuste a la Constitución Política. Así, el juez, en acatamiento de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, se encuentra obligado a seguir los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional.

En ese mismo sentido, se ha considerado que la configuración del precedente, debe obedecer a los antecedentes del conjunto de providencias que hayan sido proferidas con anterioridad al caso que habrá de resolverse. Así las cosas, la pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente[50]; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”[51].

4.6.2. La Corte ha determinado que el precedente constitucional se desconoce 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 tutela[52].

4.6.3. Bajo esos parámetros, y en lo atinente al asunto bajo estudio, sea lo primero manifestar, que para la Sala resulta claro que la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en relación con la orden de pagar los salarios dejados de percibir por el accionante por concepto de indemnización, es incompatible con los postulados expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

Como fundamento de lo anterior, el Tribunal demandado argumentó que según la posición del Consejo de Estado en sentencia del 29 de enero de 2008[54], el pago de las acreencias dejadas de percibir “tiende a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que compensa con la decisión judicial que ordena

pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley” [55], es decir, que ello ostenta un carácter eminentemente indemnizatorio.

4.6.4. Bajo ese aspecto, la incompatibilidad de la ratio decidendi del pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Nariño, con la sentencia SU-556 de 2014 dictada por esta Corporación, radica en que esta última consideró que una decisión de ese tipo, si bien resuelve de manera adecuada la existencia de un daño derivado de la desvinculación injusta, resulta excesiva en los criterios aplicados para la estimación del mismo, en términos que, de conformidad con la Constitución y la ley, podrían dar lugar a la configuración de un enriquecimiento sin causa.

Lo anterior -dijo la Corte-, bajo la concurrencia de dos razones esenciales: la primera, en relación con la naturaleza de la vinculación del funcionario, es decir, la temporalidad que la modalidad de “provisionalidad” ampara a quien es nombrado bajo ésta, es decir, que existe una clara vocación de no permanencia en el servicio público, que de ninguna manera demuestra una estabilidad indefinida que pueda ser objeto de indemnización.

Como segunda razón, argumentó la Corte, que no puede presumirse la existencia de un perjuicio indefinido con ocasión del daño causado con la declaratoria de insubsistencia, realizando una proyección del tiempo de servicio jurídicamente injustificado, en tanto que resulta imposible pagar salarios por un servicio prestado hacia el pasado, y que bien pudo haber ejercido en otra esfera de la sociedad.

En ese sentido, la Corte, luego de observar lo dispuesto por la Ley 909 de 2004, la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1222 de 1993[56] -respecto al tiempo del funcionario nombrado en provisionalidad-, determinó que, generalmente, el término más extenso de vinculación en provisionalidad de un empleo de carrera es de seis meses, siendo entonces éste el lapso de expectativa que se genera para quienes hayan sido declarados insubsistentes mediante acto administrativo inmotivado.

4.6.5. Por otro lado, expuso esta Corporación, que si bien se entiende que con el solo hecho de la desvinculación injusta se genera un daño, es cierto que el mismo se encuentra referido, fundamentalmente, a la privación de los ingresos que se tenía la expectativa de recibir en razón de la actividad laboral, por ello, en principio, el daño que debe indemnizarse

es el correspondiente a los ingresos dejados de percibir mientras la persona haya permanecido cesante, sin embargo, la expectativa de recibir ingresos del empleo del que se desvinculó no puede ser indefinida en el tiempo, particularmente cuando, en el caso de los provisionales tienen una estabilidad precaria, y un horizonte temporal de permanencia, en principio, definido por la ley.

De lo anterior puede colegirse, que, transcurrido un cierto tiempo después de la declaratoria de insubsistencia, sin que la persona haya encontrado una fuente alternativa de ingresos, se entiende que ha ocurrido una ruptura del nexo causal, de modo que la persistente carencia de ingresos de fuente laboral ya no es atribuible al hecho del despido.

4.6.6. En razón de esas consideraciones, la Corte encontró preciso fijar dos reglas que limiten la cuantía de la indemnización, una en el extremo inferior, teniendo en cuenta, por un lado, que a la indemnización le es atribuible un sentido sancionador por el hecho de la desvinculación injusta, y, por otro, la expectativa que había conducido a la persona a incurrir en el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso. Dicho límite se fijó, tomando como referencia la expectativa máxima de permanencia en un cargo en provisionalidad prevista en la ley. En el extremo superior, a su vez, la Corte consideró que el límite debía fijarse en una cuantía que cubriera de manera suficiente el riesgo del cese laboral imputable a la desvinculación injusta, para lo cual teniendo en cuenta que periodos individuales de desempleo superiores a un año se consideran como de larga duración en estudios realizados en el contexto tanto nacional[57] como internacional[58], se fijó dicho límite en veinticuatro meses, con la finalidad de cubrir suficientemente las hipótesis de desempleo prolongado atribuibles a la desvinculación injusta, hasta un límite a partir del cual, de mantenerse la condición cesante, debe tenerse por establecida la ruptura del nexo de causalidad.

4.6.7. En síntesis, y luego de la anterior argumentación, la Corte determinó las siguientes órdenes que deben adoptarse en los asuntos de retiro sin motivación de las personas vinculadas bajo el manto de la provisionalidad en un cargo de carrera: “(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el

equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”[59].

4.6.8. Nótese entonces, como la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño resulta abiertamente incompatible con la interpretación actual[60] de la Corte Constitucional sobre la regla indemnizatoria en los casos de las personas nombradas en provisionalidad en un cargo de carrera que posteriormente son declaradas insubsistentes mediante acto administrativo no motivado, en tanto que aquella, como ya se dijo, ordena el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la declaratoria de insubsistencia, es decir, a partir del 23 de mayo de 2005, hasta se haga efectivo el reintegro.

4.6.9. Ahora, si bien la Corte encuentra la incompatibilidad entre ambos fallos -el proferido por el Tribunal y la sentencia SU-556 de 2014 dictada por esta Corporación-, no es posible determinar la existencia de la causal de desconocimiento del precedente, ya que para la fecha en que fue proferida la decisión del Tribunal (19 de agosto de 2014) la sentencia SU-556 de 2014 sólo se había puesto en conocimiento mediante el Comunicado de Prensa No. 29 de fecha 24 de julio de 2014, la misma no se había notificado, ni su texto completo había sido divulgado, es decir, que para ese momento la decisión allí contenida no había sido apropiada por la comunidad jurídica en general. De este modo, el Tribunal accionado dictó la sentencia con fundamento en la jurisprudencia, tanto de esta Corporación, como del Consejo de Estado, que para el momento del fallo se encontraba vigente, motivo por el cual resulta clara la improcedencia de la acción de tutela frente a la causal que se estudia.

4.6.10. Así las cosas, y en atención a lo expuesto, para esta Sala no se configura la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales relativa al desconocimiento del precedente constitucional.

4.7. Violación directa de la Constitución

4.7.1. En múltiples ocasiones, esta Corte ha considerado que la causal de procedencia de la tutela contra providencias judiciales que tiene que ver con la violación directa de la Constitución, encuentra su asiento en el modelo de Estado Social de Derecho adoptado por

Colombia en la Constitución de 1991, en la cual, se “reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados”[61].

4.7.2. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido que se configura la causal de violación directa de la Constitución, cuando (i) se desobedecen las reglas y principios en ella contenidas; (ii) cuando al aplicar tales reglas y principios, se les da un alcance insuficiente al pretendido; y (iii) cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso[62].

4.7.3. En ese contexto, y en torno al asunto que se estudia, el Municipio considera que la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Nariño, respecto al daño antijurídico causado al señor Rodríguez Gath, debe reputarse como una decisión excesiva y desproporcionada que lesiona sus garantías constitucionales, no sólo por la afectación injusta de su patrimonio, sino, además, por el impacto que la misma tiene sobre la capacidad del ente territorial para atender sus cometidos constitucionales, particularmente si se tiene en cuenta la situación de precariedad económica que presenta, al punto que se encuentra en ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos a la luz de lo dispuesto por la Ley 550 de 1999.

Sobre este particular, en decisión reciente, esta Corporación[63], con ocasión del control abstracto de constitucionalidad ejercido sobre lo dispuesto en el artículo 81 parcial, de la Ley 142 de 1994[64], expresó que del artículo 90 Superior se desprenden dos premisas, que, si bien son diferentes, se encuentran ampliamente relacionadas. La primera, refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado y al deber de responder por el daño antijurídico que le sea imputable por la acción o la omisión de las autoridades públicas; y la segunda, trata de la responsabilidad del servidor público por el daño antijurídico causado con su conducta dolosa o gravemente culposa como agente estatal, y del deber del Estado de actuar en repetición[65].

4.7.4. Para el caso que hoy nos convoca, la Sala hará referencia sustancial a la primera de ellas, es decir, la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión de la actuación de sus agentes, ya sea por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, toda vez que, como ya se advirtió, la pretensión del municipio consiste en que por vía del recurso de amparo, se deje sin efectos la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño, en relación con la orden de pagar los salarios dejados de percibir por el señor Rodríguez Gath desde el momento de la declaratoria de insubsistencia hasta que se haga efectivo el reintegro, todo, por concepto de indemnización.

4.7.5. En ese sentido, la Corte estima que en la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, es posible advertir una clara falta de proporción entre el posible perjuicio causado por el municipio y la indemnización que se ordena, en tanto que no resulta comprensible que un funcionario declarado insubsistente de un cargo de carrera desempeñado en provisionalidad por un periodo inferior a nueve meses[66], sea indemnizado con la ficción de los salarios dejados de percibir durante más de nueve años, contados a partir de la fecha del acto administrativo inmotivado de desvinculación. Tal desproporción es contraria a la Constitución y se deriva de los hechos del caso, con prescindencia del cambio de jurisprudencia que en materia indemnizatoria se produjo en la Corte.

El carácter desproporcionado y excesivo de la condena surge de un análisis de las diferentes modalidades de indemnización de perjuicios que se han previsto en la ley y que se han desarrollado por la jurisprudencia y por la doctrina. Así, por ejemplo, una primera hipótesis indemnizatoria alude a la consideración de los perjuicios efectivamente causados y acreditados en el proceso. En un segundo escenario, el legislador, para ciertos eventos, ha optado por una estimación anticipada de los perjuicios atribuibles a una determinada conducta dañosa y por una fijación normativa del quantum de la indemnización. Finalmente, también cabe aludir al hecho de que, en determinados contextos, la indemnización no se vincula exclusivamente a la reparación de los perjuicios generados por la conducta dañosa, sino que tiene un componente sancionatorio en razón de la ilicitud de la conducta.

Adicionalmente, es preciso aclarar que existe una diferencia entre daño y perjuicio, términos que no pueden ser entendidos como sinónimos, dado que el primero corresponde al hecho efectivamente probado, y el segundo, a la consecuencia de aquél. Así, la

jurisprudencia del Consejo de Estado, ha puntualizado que, de no acreditarse el daño sufrido, no es posible acceder a la consecuente indemnización de los perjuicios. En este sentido, ha señalado que, de acuerdo con el principio de la carga de la prueba, “(...) le incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del C. de P.C.)”[67]. Y, a su vez, una vez acreditado el daño, en criterio de la Corte Constitucional, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”[68].

4.7.6. Sentado lo anterior, y a partir del material probatorio allegado al expediente, al igual que de la misma sentencia atacada, se tiene que el señor Jorge Roberto Rodríguez Gath desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, por lo tanto, a partir de la extensa jurisprudencia que sobre el tema la Corte ha proferido, existe una expectativa limitada en torno a su permanencia laboral[69].

Para la Sala también es claro que el señor Rodríguez Gath, según se observa en su hoja de vida[70], es una persona profesionalmente calificada[71], incluso, a nivel de posgrado, que tal y como antes se dijo, tenía la posibilidad de, a partir de su desvinculación laboral con el municipio de Tumaco, desempeñar un empleo que le permitiese garantizar su mínimo vital, máxime si se tiene en cuenta que, por su propia dinámica, el mercado laboral tiene relativa flexibilidad, y el señor Rodríguez Gath tenía una expectativa limitada de permanencia en el cargo, dada su vinculación en provisionalidad.

4.7.7. Bajo tales consideraciones, es importante aclarar que si bien ocurrió un daño antijurídico causado al señor Jorge Roberto Rodríguez Gath, con ocasión de la declaratoria ilegal de insubsistencia, es cierto también que no puede predicarse que dicho daño -debidamente acreditado a través del Decreto de desvinculación-, haya tenido la virtualidad de generar como perjuicio, la incapacidad para generar ingresos de fuente laboral por un periodo de más de nueve años. Tal circunstancia impone la necesidad de estimar, de modo razonable, la cuantía de los perjuicios atribuible al hecho dañoso, para lo cual, por la naturaleza del asunto, es posible acudir, por un lado, a un elemento fáctico, cual es la demostración del tiempo en el que el afectado estuvo cesante, o recibió ingresos en cuantía inferior a la que tenía la expectativa legítima de continuar recibiendo, y por otro, a un elemento valorativo, orientado a establecer el horizonte temporal a partir del cual la

condición de cese laboral no puede ser imputada al acto de desvinculación del servicio. De este modo, se tiene que el perjuicio cesa cuando el afectado consigue un nuevo ingreso laboral de magnitud equivalente, o, alternativamente, cuando se rompe el nexo casual, debido a que el cese laboral se extiende de manera excesiva en el tiempo.

En esta materia la Corte obra conforme a la jurisprudencia hoy vigente, derivada de la Sentencia SU-556 de 2014, la cual si bien, tal como se ha dejado expresado, no le resultaba exigible al Tribunal Administrativo de Nariño cuando resolvió el asunto sometido a su consideración, sí es la lectura actual de la Constitución, a partir de la cual, y como derivación directa de ella, debe resolverse el caso concreto.

4.7.8. En ese contexto, en la Sentencia SU-556 de 2014, la Corte fijó un límite inferior de seis meses como periodo indemnizable, atribuible a una estimación anticipada del perjuicio imputable per se al hecho dañoso del despido injusto, así como a la consideración de la expectativa de resarcimiento que condujo al afectado a enfrentar un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso para obtener su reintegro, tal y como ocurrió en el caso que nos ocupa.

En consecuencia, encuentra la Corte que la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Nariño, contraría flagrantemente las reglas y los principios sobre los cuales se cimienta el artículo 90 de la Constitución, toda vez que el fallo no guarda relación directa entre el daño antijurídico atribuible al Estado y su consecuente reparación, la cual, no puede entenderse a título de indemnización, en virtud de que, “el daño constituye un requisito de la obligación de indemnizar”[72].

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló:

“(…) cualquiera sea la acción que se invoque, sea la de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, el beneficiario deberá acreditar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, es decir, la ocurrencia del daño antijurídico, la imputación del daño a la acción u omisión a la Autoridad Pública y el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación”[73].

De lo anterior se puede inferir, que la orden impartida por el Tribunal debe estar acorde con la realidad probatoria y las exigencias mínimas de cualquier teoría sobre la responsabilidad,

que de suyo exigen la causalidad entre el daño[74] evidentemente acaecido y el perjuicio por indemnizar, de manera que este último resulte objetiva y razonablemente proporcional al detrimento sufrido.

4.7.9. Ahora bien, como se ha dicho y se tiene probado, el señor Jorge Roberto Rodríguez Gath evidentemente fue víctima de un daño atribuible al Estado -representado en la Alcaldía Municipal de Tumaco-, al declararlo insubsistente del cargo que desempeñaba, sin la debida motivación requerida, esta Sala adopta un sistema mixto de indemnización -que no exige la prueba del perjuicio, ni tampoco se acoge una indemnización predeterminada- es decir, que para acceder al parámetro indemnizatorio que dispone la Corte es preciso que el demandante, en afirmación que debe ser veraz y que es susceptible de verificación, exprese cuáles han sido sus fuentes de ingreso laboral, si las ha habido, durante el periodo de dos años subsiguientes a la desvinculación.

4.8. Del principio constitucional de prohibición de exceso

4.8.1. El moderno constitucionalismo, muestra progresivo desarrollo en torno al principio de prohibición del exceso, que ha tenido particular evolución en la cultura jurídica alemana, que a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha reconocido, de tiempo atrás, que los principios de prohibición de exceso y de proporcionalidad se constituyen como reglas directamente aplicables a las actuaciones del Estado y sus poderes, entendiéndolos como principios constitucionales pilares de un Estado de Derecho.

Inicialmente, y en relación con el principio de proporcionalidad, éste fue aplicado a la dogmática del derecho administrativo, mientras que el principio de prohibición de exceso, al mismo tiempo, se desarrollaba y cobraba fuerza en el ámbito penal, básicamente, en la aplicación del Derecho de Policía.

Autores como el profesor Franz Wieacker[75], quien estudió los orígenes de la prohibición de exceso, destacó tres fuentes importantes que permiten comprender su contexto: “En primer lugar y dentro del ámbito del Derecho Penal, la justicia retributiva o compensación, en el sentido de determinar la pena que resultaría proporcional al daño producido; en segundo lugar, la justicia distributiva; en tercer lugar, la idea de que el Derecho debe servir a los intereses de los particulares y de la sociedad simultáneamente, de donde resulta la

necesidad de establecer límites a la utilización de los medios jurídicos a través del examen de la oportunidad de los mismos y de la existencia de una relación proporcional entre fines y medios”[76].

En ese sentido, puede entenderse que la prohibición de exceso se constituye en un elemento fundamental de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, por cuanto éste se traduce en un límite a los poderes de aquél, y no sólo en materia del Derecho Penal -tratándose del derecho a la libertad-, sino que se extiende y/o adecua tanto al Poder Ejecutivo, como al Legislativo y el Judicial, de ahí su relación directa con la eficacia de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, “que exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales, esto es, que el beneficio de una intervención (se sobreentiende que será adecuada) supere el perjuicio”[77].

4.8.2. Esta Corporación, en sede de control abstracto de constitucionalidad, determinó que el principio que hoy nos ocupa, se deduce “jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)”[78].

Y es, precisamente, de aquellos mandatos superiores, de donde se desprende la constitucionalización de los límites impuestos al aparato estatal en relación con la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del mismo Estado como persona jurídica, comprendiendo que la prohibición de exceso, “exige que, dentro del marco así delimitado, no se menoscaben intereses en medida superior a la necesaria; si existen diversos cursos de acción a seleccionar, cada uno de los cuales se halla en una apropiada relación hacia el beneficio buscado, debe acogerse aquél que menos perjudique a los intereses contrarios”[79].

4.8.3. Para lo que interesa al caso que en esta oportunidad es objeto de consideración, no puede perderse de vista, por otra parte, que en el artículo 334 de la Constitución, reformado

por el Acto Legislativo 03 de 2011, se determinó que “[l]a sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, criterio en relación con el cual esta corporación ha señalado que, si bien, en función de la disciplina fiscal no es posible limitar los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, si constituye un criterio orientador de la interpretación constitucional[80].

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en un Estado Social de Derecho como el colombiano, puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales[81], se advierta que la respuesta de las autoridades, en este caso judiciales, ante situaciones particulares y concretas, compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado. En el asunto que hoy se estudia, la desproporción de la condena resulta, no solo de la consideración de los elementos que la hacen intrínsecamente excesiva, sino también, y de modo que tiene particular relevancia, de la precariedad económica del municipio de Tumaco, que en razón del estado de sus finanzas, se encuentra en ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos dispuesto por la Ley 550 de 1999, y que ha visto, por consiguiente, como su capacidad de gasto para la atención de las urgentes necesidades de una población en condiciones de pobreza y marginalidad se ha visto sensiblemente limitada.

4.8.4. Así las cosas, además de lo ya expuesto, para esta Sala la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño se convierte en una disposición que a todas luces contraría el principio de prohibición de exceso, por cuanto la misma no se fundamenta en una correlación contrastada entre el daño -efectivamente causado al señor Rodríguez Gath- y la forma de repararlo, que según el Tribunal demandado, se hace a título de indemnización, concepto que, sin embargo, no guarda correspondencia con una magnitud de los perjuicios que haya sido procesalmente establecida, y que, por el contrario, considerada en abstracto, y en razón de su carencia de límite temporal, excede, como ya se dijo, los principios intrínsecos del artículo 90 Superior, no siendo válido ordenar el pago de salarios dejados de percibir, cuando no se tiene acreditado en debida forma el perjuicio causado con ocasión del daño antijurídico sufrido.

5. Conclusión

En virtud de lo expuesto, esta Sala amparará el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Tumaco, por cuanto la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, incurrió en la causal de violación directa de la Constitución por inobservancia de la regla contenida en el artículo 90 de la misma, sobre la necesidad de establecer la ocurrencia de un perjuicio cierto como consecuencia del daño antijurídico imputado al Estado por la declaratoria de insubsistencia del señor Jorge Roberto Rodríguez Gath.

Así las cosas, se revocará la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 3 de agosto de 2015 -numerales Primero y Segundo-, y se confirmará parcialmente, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo dictado el 14 de mayo de 2015 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en torno a la protección del derecho fundamental al debido proceso de la entidad demandante y la consecuente decisión de dejar sin efectos la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 19 de agosto de 2014, para que en el término de 10 días, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una decisión que tenga como referente los postulados aquí definidos y la actual regla indemnizatoria dictada por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, descrita en el numeral 4.4.4. del presente fallo, la cual se aplica, se insiste, no porque fuere un referente vinculante para el momento en el que se expidió la sentencia cuestionada, que no lo era, sino porque es una regla actual, mediante la cual la Corte Constitucional, resuelve de manera constitucionalmente adecuada la tensión que en estos casos surge entre la protección que se reconoce a la estabilidad laboral de las personas vinculadas en provisionalidad en cargos de carrera y la expectativa del Estado de no ser sometido a condenas desproporcionadas y excesivas.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 3 de agosto de 2015 -numerales Primero y Segundo-, y en consecuencia, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** por las razones expuestas en esta providencia, el fallo dictado el 14 de mayo de 2015 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en relación con la protección

del derecho fundamental al debido proceso de la entidad demandante y la consecuente decisión de dejar sin efectos la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 19 de agosto de 2014.

SEGUNDO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Nariño que, en el término de diez días, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una decisión que tenga como referente los postulados aquí definidos y la actual regla indemnizatoria dictada por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, descrita en el numeral 4.6.7. del presente fallo.

TERCERO.- Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-032/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Cuando la Sala Plena de la Corte asume una interpretación autorizada de la Carta, no es posible afirmar que ha violado la Constitución una autoridad que ha procedido de acuerdo a dicha interpretación (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Desconocimiento de los contenidos de los artículos 4 y 241 de la Constitución (Salvamento de voto)

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VIGENTE-Aplicación al momento de decidir, constituye -por sí misma- fundamentación suficiente de las providencias judiciales (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Desconocimiento de la importancia que tiene la definición de los efectos en el tiempo del precedente constitucional (Salvamento de voto)

Acción de tutela interpuesta por el Municipio de Tumaco contra el Tribunal Administrativo de Nariño.

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Con el acostumbrado respeto por la mayoría de la Sala, he considerado imprescindible salvar mi voto frente a la decisión adoptada en la sentencia T-032 de 2016. En síntesis, tal providencia declara que el Tribunal Administrativo de Nariño violó directamente la Constitución al confirmar la sentencia del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Pasto que dispuso (i) declarar la nulidad, por falta de motivación, del acto que disponía la insubsistencia de un funcionario nombrado en provisionalidad y (ii) ordenar el reintegro del demandante con la obligación de liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta que se hiciese efectivo el reintegro.

Son tres las razones fundamentales que justifican mi desacuerdo: una normativa, una metodológica y una conceptual.

1. La primera es una razón normativa. De la sentencia se desprende la tesis según la cual -a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales- no solo es posible sino también necesario diferenciar entre el significado de la Constitución y la interpretación que de ella, como órgano de cierre, hace la Corte Constitucional. En

efecto, la mayoría sostiene que el Tribunal Administrativo de Nariño -no obstante haber actuado de conformidad con la sentencia SU-917 de 2010, vigente al momento de que dicho Tribunal adoptó su decisión- violó el debido proceso por la inobservancia del artículo 90 de la Carta. Dicho en otros términos, la postura que subyace a la sentencia, indica que la Constitución puede prescribir algo diferente de aquello que la Corte interpreta de ella, de manera tal que incluso cuando las autoridades judiciales adopten decisiones siguiendo para el efecto la doctrina fijada por la Sala Plena, ellas podrán ser cuestionadas argumentando la violación directa de la Carta.

A mi juicio, las funciones asignadas a este Tribunal en el artículo 241 de la Carta y, en particular, la prescripción según la cual le corresponde guardar su integridad y supremacía reconocida en el artículo 4, lo erigen en el intérprete último de la Constitución y, cuando en desarrollo de esa función pronuncia una interpretación, sus decisiones deben acatarse. De ello se desprende que su significado como norma jurídica vinculante no se puede separar de las interpretaciones que, en cada momento, establezca la Corte. Dicho de otra manera, por las funciones que el constituyente le atribuyó, se desprende que el vértice del sistema de fuentes del derecho en Colombia significa aquello que la Corte establece.

Esta conclusión no implica, en modo alguno, que la comprensión de la Constitución no pueda variar o que la jurisprudencia no pueda reinterpretar sus disposiciones. Ello es connatural a la función judicial. Sin embargo, cuando la Sala Plena de la Corte asume una interpretación autorizada de la Carta -tal y como ocurrió en la sentencia SU-917 de 2010- no es posible afirmar que ha violado la Constitución una autoridad que ha procedido de acuerdo a dicha interpretación. La decisión de la Sala Segunda de Revisión, de la que me aparto, establece una especie de diferenciación entre el significado real de la Constitución y la interpretación que de ella hace la Corte. Esa distinción desconoce el contenido de los artículos 4 y 241.

2. La segunda es una razón metodológica. La sentencia de la que me aparto defiende una tesis conforme a la cual el seguimiento del precedente fijado con autoridad por la Sala Plena de la Corte y vigente al momento de tomar la decisión de que se trate, no constituye una razón suficiente para motivar una providencia judicial. Por el contrario, el planteamiento de la mayoría le impone a las autoridades -en este caso al Tribunal Administrativo de Nariño- la obligación de reexaminar en cada caso las reglas fijadas en el precedente a

efectos de establecer si tales reglas, pese a ser establecidas por la Corte, resultan constitucionalmente correctas.

Esta perspectiva no puede aceptarse. En efecto, la aplicación del precedente constitucional vigente al momento en que los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo toman una decisión, constituye -por sí misma- una fundamentación suficiente de las providencias judiciales. En otros términos, se satisface el deber de motivación cuando se apoyan en la autoridad de un precedente constitucional pertinente a la luz de los hechos del caso. En efecto, la eficacia del precedente constitucional no encuentra apoyo únicamente en las conocidas razones de igualdad, buena fe y seguridad jurídica; también se explica en el hecho de que su vigencia constituye un argumento correcto al momento de impartir justicia. Es precisamente por ello que la Corte ha sostenido que la derrota de un precedente constitucional impone una carga extraordinaria de argumentación. Su seguimiento, por el contrario, no demanda nada diferente a la demostración de que resulta relevante para el caso.

A pesar de esto, la mayoría considera que el Tribunal Administrativo de Nariño ha debido desprenderse del pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte y, en su lugar, emprender una actividad hermenéutica fundada en la interpretación del artículo 90 de la Carta que demostraba la incorrección, al menos parcial, del precedente fijado en la sentencia SU-917 de 2010. La Corte le reprocha al juez ordinario haber seguido el precedente. Semejante aproximación -con independencia de las buenas razones que justifican la corrección contenida en la sentencia SU-556 de 2014- deja en grave riesgo no solo el valor especial de la jurisprudencia de la Corte en materia de interpretación de las normas constitucionales que reconocen derechos sino que, al mismo tiempo, afecta seriamente la especial posición que en el sistema de fuentes le ha sido asignada a los pronunciamientos de la Sala Plena de la Corte Constitucional en virtud de la interpretación armónica de los artículos 4, 13, 230 y 241 de la Constitución.

3. La tercera es una razón conceptual. La sentencia desconoce la importancia que tiene la definición de los efectos en el tiempo del precedente constitucional. 1.a fuerza vinculante relativa que se le adscribe -ampliamente reconocida por esta Corporación- supone que se trata de una norma jurídica y, en esa medida, su aplicación debe considerar el espacio temporal en el que ha tenido vigencia. Las mismas razones de seguridad jurídica, buena fe

e igualdad que han justificado la referida fuerza vinculante, constituyen también el fundamento para que su seguimiento solo sea exigible, prima facie, durante el tiempo en que ha tenido vigencia.

A pesar de que la sentencia descarta formalmente que se hubiera desconocido el precedente constitucional, la posterior invocación de la violación directa de la Constitución -apoyada en la interpretación que de la Carta hizo la sentencia SU-556 de 2014- como fundamento para dejar sin efecto la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, pone en evidencia la aplicación retroactiva del precedente constitucional[82]. Si el precedente, como se dijo, es una norma jurídica y por ello tiene la vocación de regular la actuación de los ciudadanos y de las autoridades, es muy importante no desconocer su ámbito temporal de validez, a menos que ello pueda apoyarse en razones de enorme significado constitucional que se asocien, por ejemplo, a la protección de los derechos fundamentales.

Considero que la aplicación de un nuevo precedente lijado por la Sala Plena a hechos que tuvieron ocurrencia en vigencia de otro precedente también establecido por dicha Sala resulta improcedente, a menos que exista una justificación constitucional poderosa que pueda derrotar las razones de igualdad, buena fe y seguridad jurídica que apoyan la aplicación del precedente que se encontraba vigente al momento en que se presentaron las circunstancias objeto de juzgamiento. En mi opinión, tales razones no se configuraban en este caso si se tiene en cuenta, de una parte, (i) que lo que se cuestionaba a través de la acción de tutela era una providencia judicial y, de otra, (ii) que la cuantía de la indemnización definida por la Corte en la SU-917 de 2010 se vinculaba directamente con la delimitación de un derecho fundamental.

4. Comparto plenamente las razones en las que se apoya la doctrina actual de la Corte - fijada en la sentencia SU-556 de 2014- con relación a la cuantía de la indemnización que debe establecerse cuando funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son desvinculados sin la debida motivación.

Sin embargo, su aplicación para juzgar la corrección de providencias previas que han seguido el precedente vigente al momento de su adopción -SU-917 de 2010- hace imposible predecir el sentido probable de las actuaciones judiciales en este tipo de casos y termina

por invalidar decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con apoyo en reglas inexistentes al momento en que se profirió la decisión judicial. Igualmente, la perspectiva adoptada por la Corte en esta oportunidad impide a las partes en un proceso establecer, ex ante, la manera en que deben actuar -al demandar o al defenderse- en tanto que a pesar de la existencia de reglas definidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional y vigentes al momento en que deben actuar, ellas podrían variar si esta Corte encuentra que el precedente anterior es incorrecto.

En los anteriores términos y de manera respetuosa salvo mi voto.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

[1] “Por medio del cual se declara una insubsistencia y se hace un nombramiento”: “ARTÍCULO PRIMERO: Declárese insubsistente al Doctor Jorge Roberto Rodríguez Gath, del cargo de Profesional Universitario, de la Secretaría de Salud Municipal, a partir de la fecha. ARTÍCULO SEGUNDO: Nómbrase al Doctor Germán Alexander Caicedo Martínez, en el cargo de Profesional Universitario, de la Secretaría de Salud Municipal, en reemplazo del Doctor Jorge Roberto Rodríguez Gath, a quien se declaró insubsistente. ARTÍCULO TERCERO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición”. Folio 21 del expediente ordinario (en adelante, cuaderno 2)

[2] Folio 9 del cuaderno 2.

[3] Radicado con el No. 520013331002-2005-01547-00.

[4] “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. El artículo en mención, refiere a la clasificación de los empleos públicos, tales como los de elección popular, los de período fijo y los empleos de libre nombramiento y remoción que obedezcan a los criterios de dirección, conducción y orientación institucional, cuyo ejercicio implique la adopción de políticas o directrices en la Administración Central del Nivel Nacional, en la Administración Descentralizada, en los órganos de Control del Nivel Territorial, en la Administración Descentralizada del Nivel Territorial y en las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entre otros.

[5] M.P. Margarita Olaya Forero, sentencia del 20 de junio de 2000.

[6] Folio 10 del cuaderno 2.

[7] “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

[8] Folio 438 respaldo, del cuaderno 2.

[9] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[10] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[11] “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

[12] “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”.

[13] “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

[14] Folio 8, ídem.

[15] “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. Artículo 42: Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria. El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral, para lo cual deberá oírse previamente el concepto no vinculante de la Comisión de Personal. Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia procederán los recursos de Ley.

[16] “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la

Constitución Política”.

[17] Folio 152 del cuaderno 2.

[18] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[19] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[20] M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[21] Folio 506 del cuaderno 2.

[22] Ídem, folio 510.

[23] Poder visible en los folios 33 y 34 del expediente de tutela.

[24] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[25] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[26] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[27] Folios 42 a 45.

[28] Folio 44 del expediente.

[29] Folios 118 a 124.

[30] Folio 121.

[31] Folio 119.

[32] Folio 120.

[33] Folio 154.

[34] Folio 162.

[35] Ibídem.

[36] Folio 163.

[37] Folio 199 del expediente.

[38] “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[39] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[40] “Artículo 314. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes. La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución”. (Subrayado fuera del texto original)

[41] “Artículo 1°. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los

jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela (...).” (Subrayado fuera del texto constitucional).

[43] Folios 104 y 105.

[44] Se retoma la cita que en ese mismo sentido fue descrita en la sentencia T-597 de 2014: “Sentencias T-217 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada, T-160 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-328 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1004 de 2004, Alfredo Beltrán Sierra, T-842 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1069 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-853 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras”.

[45] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[46] Folio 398 del cuaderno 2.

[47] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[48] El profesor italiano Riccardo Guastini, en su obra: “Interpretar y argumentar”, expuso que el uso de la regla del precedente vinculante presenta dos problemas, a saber: “(i) En primer lugar, la regla del precedente vinculante exige que el juez compruebe la semejanza entre dos casos. Sin embargo, ningún caso es intrínsecamente -análogo- a (o distinto de) otro caso. La similitud entre dos casos depende de los aspectos relevantes de uno y de otros. Pero establecer cuáles aspectos de un caso son relevantes (y cuáles irrelevantes) no es cuestión de hechos: es materia de valoración y decisión. La regla del precedente vinculante no especifica en modo alguno qué criterios deba usar un juez para decidir el caso que se ha sometido a su examen es, o no es, análogo a un caso precedente. (...) (ii) En segundo lugar, la regla del precedente vinculante exige la interpretación de los precedentes, es decir, de las sentencias pronunciadas por otros jueces en ocasiones anteriores para decidir casos (se supone) análogos. Interpretar una sentencia consiste en analizarla para extraer de ella la subyacente ratio decidendi, es decir, para identificar y

eventualmente formular la norma general de la cual (se supone) se ha inferido la decisión. Para identificar la ratio decidendi hay que identificar el núcleo del razonamiento llevado a cabo por el juez y, más precisamente, la premisa normativa de la jurisprudencia interna. Las premisas de la justificación interna deben ser aisladas y cuidadosamente separadas de los así llamados obiter dicta, es decir, de toda afirmación que no sea estrictamente necesaria para fundamentar la decisión”. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda edición. Madrid. 2014. Pág. 259.

[49] Cfr. Sentencia T-360 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[50] Corte Constitucional, sentencia T-1317 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimy Yepes.

[51] Cfr. Sentencia T-292 del 06 de abril de 2006. MP. Manuel José Cepeda.

[52] Ver sentencia T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[53] “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor”.

[54] El Tribunal no cita el radicado, la fecha y el ponente de la decisión a la que hace referencia.

[55] Folio 510 del cuaderno 2.

[56] “Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992”.

[57] Investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación titulada: “Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia”, documento elaborado por los profesores Carlos Augusto Viáfara L. y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

[58] Estudio realizado por la Organización Mundial del Trabajo el 21 de enero de 2014: “Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?”

[59] Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[60] Regla indemnizatoria reiterada, entre otras, en la sentencia SU-053 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz.

[61] Sentencia T-555 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[62] Véase, entre otras, sentencias T-522 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-927 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[63] Sentencia C-957 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[64] “Por la cual se establece el régimen de servicios públicos”.

[65] Corte Constitucional. Sentencia C-778 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

[66] Toda vez que ocupó el cargo desde el 3 de septiembre de 2004 hasta el 23 de mayo de 2005, según consta en los decretos de nombramiento e insubsistencia -Decretos No. 018 de 2004 y 084 de 2005, respectivamente-. Folios 21 y 26 del expediente ordinario.

[67] Consejo de Estado, sentencia del 12 de septiembre de 1996, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

[68] Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[69] Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1206 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-1310 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-392 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-610 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[70] Folios 49 a 54 del cuaderno 2.

[71] El señor José Roberto Rodríguez Gath es Tecnólogo en Comercio Exterior, Economista de profesión, con especialización en Gerencia en Servicios de Salud.

[72] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 1967, C.P. Carlos Portocarrero Mutis.

[73] Sentencia del 8 de marzo de 2007, radicado No. 660001-23-31-000-1997-03613-01 (16421) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[74] En este punto, la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu, en su patrimonio”, mientras que el perjuicio, continúa la Corporación, “es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”. Extracto Jurisprudencial citado en: GIL BOTERO, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Segunda Edición. 2001. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Pág. 22.

[75] (Stargard, 5 de agosto de 1908 – 17 de febrero de 1994 +, Gottingen). Fue profesor de derecho privado e historiador de las Universidades de Kiel, Leipzig y Göttingen (Alemania), entre otras.

[76] KLUTH, Winfried. Cuadernos de Derecho Público, 1997 – 2007, número 5. “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”. Instituto Nacional de Administración Pública de España. Pág. 221.

[77] ZIPPELIUS, Reinhold. Teoría General del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. 1989. Pág. 280.

[78] Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[79] ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., Pág. 280.

[80] Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[81] Ídem.

[82] En el fundamento 4.7.7 de la sentencia se indica: “‘En esta materia la Corte obra conforme a la jurisprudencia hoy vigente, derivada de la Sentencia SU-556 de 2014. la cual si bien, tal como se ha dejado expresado, no le resultaba exigible al Tribunal Administrativo de Nariño cuando resolvió el asunto sometido a su consideración, sí es la lectura actual de la Constitución, a partir de la cual, y como derivación directa de ella, debe resolverse el caso concreto.”