

Sentencia T-437/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente en materia de motivación del acto de retiro de trabajador nombrado en provisionalidad en cargo de carrera

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales de procedibilidad

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

Puede decirse que la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales consistente en un desconocimiento del precedente se verifica cuando el juez de instancia no observa las reglas antes citadas sobre aplicación del mismo, ya sea porque no lo aplicó en un caso que debió ser fallado de manera similar a otro o porque no justificó de manera suficiente la necesidad de apartarse de la jurisprudencia anterior. En ambos casos, la autoridad judicial incurre en una vulneración a los derechos fundamentales de las personas afectadas

PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL O VERTICAL-Elementos básicos para que los jueces puedan apartarse de ellos

Lo anterior no implica que los jueces deban observar los precedentes ignorando las fundamentos fácticos que puedan variar entre un caso y otro o los cambios mismos de la realidad social, de forma que un juez puede apartarse del precedente vertical u horizontal si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos en aplicación del principio de transparencia, y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que implica la necesidad de mostrar explícitamente por qué el precedente anterior no resulta válido a la luz del caso concreto (requisito de suficiencia). Para el caso específico del precedente vertical, las razones que fundan el apartarse del mismo pueden consistir en que 1) el precedente anterior no se aplica al caso concreto

porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; 3) por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta; 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico

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

NECESIDAD DE MOTIVAR ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD-Diferencias entre jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado/PREVALENCIA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA SUSTITUTIVA O DE REEMPLAZO-Elementos que deben concurrir

REINTEGRO O PAGO DE INDEMNIZACION EN CASO EN QUE NO FUE MOTIVADO ACTO DE RETIRO DE EMPLEADA EN PROVISIONALIDAD

Frente al reintegro, éste sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado por la demandante i) todavía existe en la planta de la entidad o su nombre ha cambiado pero se conservan las mismas funciones, ii) no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos y iii) la accionante se encuentra en condiciones materiales de aceptar el nombramiento o no ha llegado a la edad de retiro forzoso. En caso contrario, sólo habrá derecho al pago de indemnización. En cuanto a la indemnización, cabe mencionar que en la citada SU - 556 de 2014 se fijaron reglas para fijar el monto que debe ser pagado. A partir de este supuesto, las reglas son las siguientes: i). La indemnización debe compensar el daño sufrido, es decir, lo realmente dejado de percibir con ocasión del despido y, por ese motivo, “de la suma indemnizatoria es preciso descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente”. ii). En vista de que mediante el acto administrativo que ordenó el despido se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, la Corte decidió “que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses (de salario) que según la Ley 909 de

2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses (de salario), atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio". En conclusión y atendiendo al precedente antedicho, se ordenará al SENA pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de notificarse esta sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la accionante. En todo caso, esta suma no podrá ser inferior a lo equivalente a seis (6) meses del salario que la señora Polanco percibía al momento de ser despedida, con su respectiva indexación, ni deberá exceder lo equivalente a veinticuatro (24) meses del mismo salario, traídos a valor presente.

EMPLEADA EN PROVISIONALIDAD EN EL SENA-Desvinculación mediante acto administrativo carente de motivación

Referencia: expediente T- 4.829.871

Acción de tutela interpuesta por Yolanda Polanco Polanco contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A.

Magistrada (E) Ponente:

MYRIAM AVILA ROLDAN

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil quince (2015)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por la Sala de lo Contencioso Administrativa - Sección Cuarta del Consejo de Estado en primera instancia y por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicha Corporación, en segunda instancia, dentro

del trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Yolanda Polanco Polanco contra providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda – Subsección A de la misma Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1. La señora Yolanda Polanco fue vinculada al SENA mediante nombramiento en provisionalidad según Resolución No. 01083 de 11 de octubre de 2000, para desempeñar el cargo de Jefe de División de Promoción y Mercadeo de Servicios de la Dirección General, grado 2, siendo posesionada el día 19 de octubre del mismo año. Posteriormente, en virtud de la Resolución No. 01378 de 9 de noviembre de 2001, fue trasladada para desempeñar el cargo de Jefe de la División de Estudios Ocupacionales de la Dirección General, Grado 2, en provisionalidad, tomando posesión el 13 de noviembre de ese año.

2. La accionante aclara que las anteriores designaciones no tenían fecha de terminación y que durante su tiempo en la entidad nunca fue objeto de llamados de atención. Sin embargo, el 3 de julio de 2002, el Director General del SENA profirió la Resolución No. 00795 mediante la cual dio por terminado el nombramiento provisional que se le había efectuado, sin motivación alguna.

3. En vista de lo anterior, la señora Polanco interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con las pretensiones de que se declarara la nulidad de la mencionada Resolución No. 0075 y que, como consecuencia de ello, se ordenase su reintegro al cargo que ocupaba u otro de superior jerarquía sin solución de continuidad y se condenara a la entidad demandada al pago de los salarios y prestaciones que hubiese dejado de percibir.

4. Como fundamento de su demanda, la señora Polanco argumentó que su despido de la institución no obedecía al mejoramiento en el servicio sino a una estrategia adoptada por el recién posesionado Director General del SENA, quien había retirado de sus cargos a doce empleados en menos de tres meses, que era el tiempo que llevaba como Director. Igualmente, indicó que el Director omitió obtener el permiso con el que debía contar para decretar su retiro de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2505 de 10 de diciembre de 1998

y de la Circular No. 1000-004 del 8 de septiembre de 1999 del Departamento Administrativo de la Función Pública, así como que tampoco constató la existencia previa de disponibilidad presupuestal antes de nombrar su reemplazo.

5. En su sentencia de primera instancia de 29 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las pretensiones de la demandante argumentando que los empleados nombrados en provisionalidad no cuentan con las mismas garantías de estabilidad laboral que benefician a aquellos vinculados luego de un concurso de méritos. En ese sentido, la sentencia resalta que el acto administrativo por el cual fue retirada del servicio la señora Polanco se enmarcó dentro de las facultades discrecionales con las que cuenta el Director General del SENA, en tanto que la demandante no logró demostrar que dicho acto había sido emitido para favorecer intereses propios o de terceros o con fines ajenos al interés general.

6. Ésta providencia fue impugnada y conocida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, que dictó sentencia el 13 de junio de 2013 confirmando la decisión del a quo argumentando que la “situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción”, por lo que están sujetos a lo decidido por el nominador en ejercicio de sus facultades discrecionales. En ese sentido, de acuerdo con el Consejo de Estado, el retiro del servicio de los trabajadores nombrados en provisionalidad puede realizarse mediante un acto que no requiere motivación formal, es decir, que no debe exponer las causas del retiro.

7. En vista de lo anterior, la señora Polanco decidió interponer acción de tutela por intermedio de apoderado en contra de las providencias emitidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo por considerar que habían incurrido en “ostensible desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional” sobre el deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio de quienes ocupan empleos en provisionalidad. Así, la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al trabajo en condiciones dignas y estables y a la igualdad y solicita que, de encontrarse probada la violación, se ordene al Consejo de Estado proferir una sentencia coherente con el precedente constitucional en la materia, de forma que se declare la nulidad del acto de despido y se reintegre a su trabajo

a la accionante.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

4. Respuesta de las entidades accionadas

Mediante un escrito radicado el 20 de agosto de 2014, el Coordinador del Grupo de Procesos Judiciales, Conciliaciones y Recursos del SENA contestó la acción de tutela interpuesta por la señora Polanco, a pesar de no haber sido formalmente vinculado a la misma. En su memorial, el apoderado de la accionada argumentó que el acto administrativo que decretó el despido de la accionante cumplía la normativa vigente para la época de su emisión por cuanto aún no se había proferido la Ley 909 de 2004, que modificó las normas acerca de motivación de los actos administrativos que ordenan la terminación de un encargo en provisionalidad. Igualmente, destacó que la acción de tutela contra sentencias es un mecanismo excepcionalísimo cuyas condiciones de procedencia no se cumplen en el caso por cuanto no se observa que se hubiese vulnerado el debido proceso de la accionante mediante las providencias que son objeto de censura. Finalmente, el representante de la accionada indicó que la acción de tutela era improcedente al no cumplir con el requisito de inmediatez, por haber sido interpuesta un año después de proferida la sentencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado no se pronunciaron con respecto a la acción de amparo interpuesta por la señora Polanco.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

1. Mediante sentencia de 10 de septiembre de 2014, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió denegar las pretensiones solicitadas por la accionante en su acción de tutela, al considerar que ésta no cumplía con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por no verificarse el alegado desconocimiento del precedente judicial aplicable. En sus consideraciones, la Sección Cuarta aclaró que no es posible alegar que los precedentes decantados por la Corte Constitucional apliquen de manera obligatoria para decisiones proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo,

por cuanto esta ya cuenta con su propio órgano de cierre.

En este sentido, para esta Sección, el precedente aplicable al caso no era el que había sido determinado por el tribunal constitucional, sino el que había sido decantado por el Consejo mismo y, por ende, debía entenderse que no es necesario motivar los actos que retiren del cargo a un empleado en provisionalidad pues de lo contrario se estaría equiparando sin justificación a estas personas con aquellas que llegaron a sus cargos luego de un concurso de méritos. Así, al observar que las sentencias de instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho habían fallado de acuerdo con ese precedente, la Sala Cuarta no encontró vulnerados los derechos fundamentales de la accionante.

2. La sentencia de tutela de primera instancia fue apelada por el apoderado de la accionante argumentando que, contrario a lo dicho por la providencia impugnada, el precedente prevalente en lo que respecta a la motivación de los actos de retiro de funcionarios en provisionalidad sí es el que ha sido establecido por la Corte Constitucional y que esto ha sido reconocido por el mismo Consejo de Estado a través de sentencias proferidas por su Sección Segunda. Por tanto, indica que el fallo de instancia incurrió en error al no haber reconocido la causal de desconocimiento del precedente como motivo para tutelar los derechos de la accionante y al no dejar sin efectos las decisiones proferidas en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. La segunda instancia fue conocida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta del Consejo de Estado, que en providencia del 22 de enero de 2015 resolvió confirmar la decisión del a quo. Para fundamentar su decisión, la Sala realizó un recuento de las discrepancias que sobre el problema jurídico han existido entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, para luego dedicarse al estudio del caso concreto. En este punto, señaló que las sentencias contenciosas habían aplicado la normativa vigente para el momento en que fue proferida la Resolución demandada, esto es, la Ley 443 de 1998 y el Decreto Reglamentario No. 1572 de 1998, que no exigían la motivación de los actos administrativos que declararan la insubsistencia de personas nombradas en provisionalidad así como tampoco lo hacía la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema. Igualmente, indicó que aunque para la fecha ya existía la sentencia SU-250 de 1998 proferida por la Corte Constitucional, esta no aplicaba para el caso concreto por cuanto se había referido únicamente a la “obligación de motivar los actos de retiro de

los notarios que tienen régimen especial”. Por lo anterior, la Sala Quinta entendió que no existió vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y negó nuevamente el amparo solicitado.

4. Esta providencia contó con un salvamento de voto por parte del Consejero Alberto Yepes Barreiro, quien se apartó de la decisión mayoritaria al considerar que en el caso de la señora Polanco debían haber sido tutelados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. En su concepto, las sentencias dictadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho desconocieron el precedente jurisprudencial constitucional al “concluir erróneamente que a la entidad demandada no le era exigible la motivación del acto de desvinculación” pues, para la fecha de expedición de la mencionada Resolución, la jurisprudencia constitucional ya era clara en afirmar que estos actos requerían de motivación expresa y que esto constituía un precedente vinculante por ser la Corte Constitucional el intérprete autorizado de la Constitución Política. En todo caso, afirmó el Consejero, para el momento de proferirse las sentencias de instancia dentro del proceso contencioso administrativo, las reglas jurisprudenciales en torno a la motivación de los actos de retiro de empleados en provisionalidad ya tenían plena vigencia y, por tanto, no podían ser desconocidas por los jueces que en su momento fallaron en contra de las pretensiones de la accionante.

5. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección número tres, en providencia de 27 de marzo de 2015, decidió seleccionar el presente expediente, asignándoselo a la Sala Novena de Revisión.

En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992[1], por el cual se adoptó el Reglamento de la Corte Constitucional, la Magistrada (E) Ponente presentó informe sobre el caso bajo estudio a la Sala Plena con el fin de que ésta decidiera si la competencia para fallar esta acción debía corresponder al pleno de esta Corporación o se mantenía en la Sala Novena de Revisión, habida cuenta que uno de los accionados es el Consejo de Estado. Durante la sesión de 08 de julio de 2015, la Sala Plena

decidió por unanimidad que la competencia debía mantenerse en la Sala de Revisión, por lo cual será esta la que profiera la presente sentencia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y fundamento de la decisión

1. La accionante laboró en el SENA como funcionaria en provisionalidad entre los años 2000 y 2002, cuando fue retirada mediante una Resolución del Director de la entidad que, según se argumenta en el escrito de tutela, carecía de motivación. Por lo anterior, la actora acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de que dicho acto administrativo fuese anulado y se ordenara reintegrarla al cargo desempeñado junto con las indemnizaciones y pagos a que hubiera lugar. Los jueces administrativos, sin embargo, decidieron en contra de sus pretensiones al considerar que según la ley vigente en la época de proferirse el acto y la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto, la Resolución que ordenó su retiro no requería de motivación por ser una expresión de la discrecionalidad del Director del SENA.

Ante esta situación, la accionante interpuso acción de tutela contra las providencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por considerar que desconocieron el precedente jurisprudencial constitucional aplicable a la materia y, con ello, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al trabajo en condiciones dignas y estables y a la igualdad.

2. Conforme a estos antecedentes, la Corte deberá determinar, a modo de problema jurídico, si las decisiones proferidas por las entidades demandadas, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, transgreden los derechos fundamentales de la señora Yolanda Polanco Polanco, al decidir que el acto administrativo por medio del cual fue desvinculada del SENA no requiere motivación alguna y, con ese argumento, abstenerse de declarar la nulidad del mismo.

3. Para resolver ésta cuestión, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, se reiterará la jurisprudencia constitucional consolidada sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; en segundo lugar, se ahondará en la jurisprudencia concerniente al desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad;

en un tercer momento, la Sala se referirá a la necesidad de motivar los actos de despido de funcionarios en provisionalidad como lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación para luego, en un cuarto apartado, comparar éste desarrollo con la doctrina que ha establecido el Consejo de Estado sobre la misma materia. Finalmente, se resolverá sobre la procedencia del amparo en el caso concreto.

Procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

4. Desde los orígenes de la acción constitucional de amparo, se ha presentado de manera reiterada la discusión en torno a la procedibilidad de la misma para atacar decisiones judiciales que presuntamente vulneran derechos fundamentales. Así, en un primer momento y con ocasión del estudio de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional mediante sentencia C - 543 de 1992 declaró inconstitucional las normas que contemplaban la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales. Posteriormente y haciendo una interpretación no restrictiva de lo establecido por la mencionada sentencia[2], las distintas Salas de Revisión de esta Corporación y su misma Sala Plena, fijaron criterios específicos y taxativos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en casos en los cuales la vulneración de los derechos fundamentales es notoria y grave, configurándose lo que en su momento se denominó “vía de hecho judicial”[3].

5. Con el desarrollo jurisprudencial subsiguiente, la noción de vía de hecho ha sido concretada y se han fijado reglas y subreglas tendientes a especificar bajo qué supuestos es posible hablar de la procedibilidad de una acción de tutela contra providencias judiciales y garantizar así el carácter excepcional que debe tener esta medida, por los riesgos que comporta para la efectiva administración de justicia y el principio de seguridad jurídica. De este modo, a partir de la Sentencia T - 231 de 13 de mayo de 1994[4] la Corte estableció cuatro defectos que, de presentarse en una providencia, permitirían establecer la existencia de una vía de hecho: “i) defecto sustantivo, cuando la decisión se adopta en consideración a una norma indiscutiblemente inaplicable; ii) defecto fáctico, cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que funda su decisión; iii) defecto orgánico, cuando el juez profiere su decisión con total incompetencia para ello; y, iv) defecto procedimental que se presenta en aquellos eventos en los que se actúa

desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación”[5].

6. Si bien durante varios años se mantuvieron estos criterios como definitorios de la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, la evolución jurisprudencial suscitada con ocasión de las sentencias C - 590 de 2005[6], primero, y SU - 913 de 2009, después, permitió introducir a este ámbito el concepto de causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, doctrina que absorbió el concepto primigenio de vía de hecho y permitió incluir otros factores tales como la ausencia de la debida argumentación, el apartamiento injustificado del precedente y el desbordamiento de la discrecionalidad interpretativa en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

7. En concreto y bajo el actual alcance de la jurisprudencia en este tema, se tiene que las causales generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales son:

“(i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecte derechos fundamentales de las partes, exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en un instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

(ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

(iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos.

(v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible.

(vi) Que no se trate de fallos de tutela, de forma tal que se evite que las controversias

relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida” [7].

8. Una vez se haya establecido la existencia de causales genéricas de procedibilidad, se debe probar que la providencia atacada ha incurrido en alguno de los defectos que la jurisprudencia ha denominado causales específicas de procedibilidad. Estas son:

“(i) Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez ha actuado al margen del procedimiento establecido.

(iii) Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

(iv) Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

(v) Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

(vi) Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

(vii) Violación directa de la Constitución”[8].

9. Así las cosas, una acción de tutela contra sentencia judicial puede tener éxito en controvertir el sentido y alcance de la decisión atacada si (i) cumple con los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se demuestra que el Juez incurrió en uno o más de los defectos contenidos en las causales específicas de procedibilidad y (iii) el defecto es de tal entidad que constituye una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del

accionante.

Del desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Reiteración de jurisprudencia.

10. Con ocasión del estudio de varias tutelas contra providencias judiciales, la Corte ha entendido que el desconocimiento del precedente por parte de las autoridades investidas con la potestad para impartir justicia puede constituir un defecto susceptible de vulnerar los derechos fundamentales de las personas, por cuanto “(...) el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, – sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad”[9].

11. Sin embargo, como lo ha señalado esta misma Corporación, la fuerza vinculante del precedente debe interpretarse en consonancia con los artículos 228 y 230 de la Constitución, que establecen la autonomía e independencia de los jueces como uno de los pilares del Estado Social de Derecho. En ese sentido, para respetar el mencionado principio constitucional y ponerlo a tono con la noción de precedente jurisprudencial, esta Corte ha señalado que la obligación que tienen los jueces de respetar el precedente deviene del derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales, lo cual constituye un límite a la autonomía de las mismas[10].

12. Así las cosas, esta Corporación ha advertido que el problema de relevancia constitucional con respecto al manejo de precedentes jurisprudenciales “surge cuando, en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial, los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes”[11]. Del mismo modo, con una actuación como la descrita, los funcionarios judiciales no solo lesionan el derecho fundamental a la igualdad sino que además afectan los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, dado que la previsibilidad de las decisiones judiciales es una condición indispensable para que las personas sepan qué comportamientos son o no protegidos por la ley, a la vez que “la confianza en la administración de justicia comprende la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”[12].

13. De acuerdo con lo anterior, puede decirse que la actividad judicial está limitada, entre otros, por la sujeción al precedente vertical, es decir, a aquél dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y al precedente horizontal, que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez -individual o colegiado- en casos decididos con anterioridad. Sobre la pregunta acerca de cómo identificar el precedente vinculante, esta Corte ha aclarado que:

“(…) es la ratio decidendi, la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces”[13].

14. Con todo, lo anterior no implica que los jueces deban observar los precedentes ignorando las fundamentos fácticos que puedan variar entre un caso y otro o los cambios mismos de la realidad social, de forma que un juez puede apartarse del precedente vertical u horizontal si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos en aplicación del principio de transparencia, y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que implica la necesidad de mostrar explícitamente por qué el precedente anterior no resulta válido a la luz del caso concreto (requisito de suficiencia).

15. Para el caso específico del precedente vertical, las razones que fundan el apartarse del mismo pueden consistir en que 1) el precedente anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; 3) por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta; 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico[14].

16. En conclusión, puede decirse que la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales consistente en un desconocimiento del precedente se verifica cuando el juez de instancia no observa las reglas antes citadas sobre aplicación del mismo, ya sea porque no lo aplicó en un caso que debió ser fallado de manera similar a otro o porque no justificó de manera suficiente la necesidad de apartarse de la jurisprudencia anterior. En ambos casos, la autoridad judicial incurre en una vulneración a los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Del deber de motivar los actos administrativos que ordenan el retiro de un funcionario que ejerce un cargo de carrera en provisionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

17. La jurisprudencia constitucional relativa a la necesidad de motivar los actos administrativos por los cuales se desvincula un trabajador que desempeña un cargo en provisionalidad ha sido ampliamente reiterada a lo largo de la existencia de esta Corporación, al punto de que ha sido motivo de varios pronunciamientos de unificación. Así, en la sentencia SU-250 de 1998[15], la Corte interpretó el artículo 209 de la Constitución de 1991, estableciendo que es necesario motivar los mencionados actos administrativos para, por un lado, evitar arbitrariedades que puedan lesionar los derechos fundamentales de los afectados y para permitir la eventual interposición de recursos y, por otro, garantizar el principio de publicidad y, con ello, un control efectivo de los actos emanados de la Administración, así como la protección del derecho al debido proceso.

18. En esta misma sentencia, la Corte resaltó que la motivación de los actos administrativos es un requisito de validez de los mismos, indicando que la discrecionalidad absoluta no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico colombiano. A la vez, enunció la tesis de que los empleos en provisionalidad no son equiparables a aquellos de libre nombramiento y remoción, los cuales sí pueden terminarse por actos inmotivados en vista de la discrecionalidad que tiene el Gobierno, por ley, para nombrar funcionarios en aquellos puestos de confianza y que requieren, por esto mismo, “una relación “in tuito personae” entre el nominado y el nominador”. Con todo, la Corte fue clara en señalar que estos cargos son excepcionales y deben ser taxativamente contemplados por el legislador.

19. Posteriormente, la Corte ahondó en la situación de los empleados nombrados en provisionalidad, es decir, aquellos que ocupan cargos de carrera en caso de vacancias

definitivas o temporales mientras éstos se proveen con los requisitos de Ley o hasta que cese la situación que dio origen a la vacancia, con el fin de suplir las necesidades de la Administración y no interrumpir el servicio. Específicamente, la sentencia SU - 917 de 2010[16] enfatizó en que la necesidad de motivar los actos administrativos está ligada a preceptos de orden constitucional tales como (i) la cláusula de Estado Social de Derecho “que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribela arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados”, así como la posibilidad de que el acto pueda ser efectivamente controlado en su legalidad por vía judicial; (ii) el debido proceso, en tanto que la motivación de los actos garantiza la posibilidad de controvertirlos y de acceder a la administración de justicia; (iii) el principio democrático, por cuanto la existencia de motivación se compadece con la necesidad de que la administración “dé cuenta” de sus actuaciones a la sociedad y, finalmente, (iv) el principio de publicidad, de acuerdo al ya mencionado artículo 209 de la Constitución.

20. Luego de retomar la distinción entre discrecionalidad relativa, absoluta y arbitrariedad, indicando que sólo la primera es admisible en el ordenamiento jurídico colombiano, ésta sentencia de unificación se refiere al “inexcusable deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera”, indicando que la Corte ha señalado la existencia de este deber “desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas”. A continuación, la sentencia reiteró los principales argumentos que ha sostenido esta Corporación para mantener la tesis de que los actos administrativos de retiro de empleados en provisionalidad requieren de motivación expresa, indicando que:

i). La motivación de los actos mencionados se justifica como garantía de los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública).

ii). No existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que taxativamente excluya a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general sobre la

motivación de los actos administrativos. En ese sentido, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. En este punto, vale la pena resaltar que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”.

iii). En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no es aplicable la excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido, “la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera”.

21. Por lo anterior, puede decirse que el régimen aplicable a los cargos de libre nombramiento y remoción no puede extrapolarse a los cargos en provisionalidad, de forma tal que la discrecionalidad relativa con la que cuenta el nominador para desvincular a una persona que ostenta un cargo de los primeros no es la misma que tiene para despedir a una persona en provisionalidad, dado que en este último caso tiene el deber de motivar el acto de retiro.

22. Esta distinción entre los actos de desvinculación que se refieren a un cargo de libre nombramiento y remoción y los que retiran a una persona que ostenta un cargo en provisionalidad fue retomada por la sentencia SU - 556 de 2014[17], en la que la Corte enfatizó que las personas en cargos de provisionalidad gozan de una estabilidad laboral intermedia, por cuanto no es la misma a la que tienen derecho aquellos que han superado

el concurso de méritos pero tampoco pueden ser despedidos de manera discrecional como en el caso de quienes ostentan cargos de libre nombramiento. Esta estabilidad intermedia se expresa, entre otras formas, en la necesidad de motivar los actos de desvinculación; así:

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

Esta última decisión también resulta de trascendental importancia para el tema a tratar, por cuanto con ella se precisaron las reglas atinentes al reintegro al que deben acceder las personas que fueron despedidas de cargos en provisionalidad sin el cumplimiento de requisitos constitucionales, así como sobre la indemnización a la que tienen derecho por la vulneración de sus derechos fundamentales.

23. En conclusión, resulta claro que la regla general aplicable a los actos administrativos es que estos deben ser motivados, salvo que la ley expresamente releve de esta obligación a la Administración. Siguiendo esta regla general y luego de una jurisprudencia decantada acerca de la naturaleza jurídica de los cargos en provisionalidad, esta Corte, primero, y la Ley, posteriormente, han reconocido que quienes ostentan empleos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa que se manifiesta en la necesidad de que los actos de retiro deban ser motivados a través de razones que se refieran a la aptitud del funcionario para el cargo, sin que haya lugar a presentar razones vagas o abstractas que

pueden llevar a la vulneración de los derechos fundamentales de dichas personas.

Diferencias entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado sobre la necesidad de motivar actos de retiro de funcionarios en provisionalidad. Prevalencia del precedente constitucional.

24. A pesar de que la Corte Constitucional ha sostenido las tesis expresadas anteriormente, es necesario señalar que el Consejo de Estado, como supremo tribunal de lo contencioso administrativo, ha diferido de los lineamientos establecidos por esta Corporación en lo que se refiere a la necesidad de motivar los actos de retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad. De este modo, el Consejo de Estado reconoce igualmente que existen diferencias entre quienes ostentan un cargo de carrera luego de superar un concurso de méritos y aquellos que están nombrados en provisionalidad, pero deriva de ello la consecuencia de que el retiro de estos últimos obedece a un ejercicio de la facultad discrecional de la administración de forma que esta no tiene por qué motivar el acto de despido, pues se presume que la causal para el retiro es el mejoramiento del servicio.

25. En ese sentido, indica el Consejo de Estado, como la causal de retiro de un funcionario en provisionalidad se presumía y se realizaba en ejercicio de la discrecionalidad administrativa, entonces no era necesario motivar el acto que decretaba la insubsistencia de un funcionario antes de la entrada en vigencia de la mencionada Ley 909 de 2004. Así pues, estas razones constituyen para dicho Tribunal una presunción legal que puede ser desvirtuada si se demuestra que el objeto del despido no fue el de buscar la eficacia, la celeridad o, en general, la buena prestación del servicio público. De esta forma, puede decirse que para el Consejo de Estado el régimen aplicable a los cargos en provisionalidad se asemeja más a aquél que rige los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que para ambos aplica la función discrecional tanto al momento de nombrar como de retirar por razones del servicio.

26. La Corte Constitucional, como ya se ha establecido en anteriores consideraciones, difiere ampliamente de esta interpretación y así lo ha señalado en la jurisprudencia relativa al tema, haciendo énfasis en que la posición defendida por el precedente constitucional no sólo se funda en una interpretación sistemática de la ley sino que responde, además, a la defensa de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. En ese sentido,

si bien es cierto que la Constitución de 1991 no definió un orden de jerarquía entre las Altas Cortes, también es claro que sí estableció la prevalencia del contenido de la Carta como parámetro de interpretación de la ley, por lo cual puede decirse que las autoridades judiciales tienen el deber de aplicar aquella interpretación legal que más se ajuste a los dictados constitucionales. Así, como lo señaló esta Corporación en sentencia T-251 de 2009,

“El que se pueda demandar el acto de desvinculación no impide exigir la motivación del acto, por cuanto lo que está en juego en estos casos, son principios caros al Estado de Derecho, con una alta repercusión e incidencia directa en los derechos fundamentales de los administrados.

... Por tanto, la tesis del Consejo de Estado no puede ser acogida y como tal, corresponde a los jueces, sin importar la jurisdicción que estén ejerciendo, acatar la doctrina de la Corte Constitucional en el sentido de que los actos administrativos de desvinculación de un provisional que ejerce un cargo de carrera debe ser motivado.

En consecuencia, como la Corte Constitucional por disposición de la misma Constitución es la intérprete autorizada de sus normas (sentencias C-086 de 1995 y SU 640 de 1998, entre otras), y en ejercicio de esta función ha señalado en los últimos 11 años que la administración está obligada a motivar los actos de desvinculación de las personas que han accedido a la administración en forma provisional para ocupar un cargo de carrera, conclusión a la que arribó a partir de un análisis sistemático de la Constitución, hace que su interpretación sea la que deba prevalecer, tanto para la administración como para los jueces”.

27. Por lo anterior, para esta Sala es claro que el precedente que deberá seguirse para el estudio del caso concreto es aquél que ha sido definido por esta Corporación a lo largo de más de diez años, desde el año 1998 y que se refiere a la necesidad de motivar los actos administrativos por los cuales se ordena el retiro del cargo de un funcionario en provisionalidad.

Estudio del caso concreto.

28.1 La acción impetrada tiene relevancia constitucional en tanto que se discute la presunta

vulneración de los derechos fundamentales de la actora por parte de instituciones pertenecientes a la administración de justicia. En ese sentido, por la importancia que tiene para el Estado Social de Derecho que las decisiones de los jueces sean correctas en términos constitucionales y que no vulneren los derechos que están llamados a proteger, la acción impetrada cumple con este requisito.

28.2 En lo que respecta al requisito de inmediatez, la Sala observa que la providencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado y que le puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, fechada el 13 de junio de 2013, se notificó por edicto desfijado el 11 de febrero de 2014. Por su parte, la acción de tutela se presentó el 4 de julio de 2014, es decir, antes de que se cumplieran cinco meses luego de conocido el acto que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de la accionante, con lo cual puede decirse que la acción de amparo se interpuso dentro de un término razonable.

28.3 Sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad, la acción de tutela fue interpuesta contra las sentencias de primera y segunda instancia (ejecutoriadas) dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, con lo cual se constata que la accionante ha agotado todos los recursos judiciales disponibles para discutir lo resuelto en éstas. Por tanto, la Sala considera acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

28.4 Por último, dado que la acción de tutela fue impetrada contra providencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo con ocasión de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, es claro que se cumple el requisito de que la acción de amparo no haya sido interpuesta contra sentencias de tutela.

29. Habiendo establecido el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, la Sala continuará con el análisis de la causal específica con el fin de determinar si las sentencias dictadas en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la accionante contra el SENA incurrieron en desconocimiento del precedente. Para empezar, vale recordar que las providencias atacadas son las siguientes: por un lado, aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección A el 29 de octubre de 2009 y, por otro, la que fue emitida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Segunda – Subsección A, el 13 de junio de 2013.

30. En la primera, el Tribunal señaló que el cargo que desempeñó la accionante en el SENA era de carrera, pero que fue cubierto en provisionalidad a través del nombramiento de la señora Polanco en el mismo. A continuación, la sentencia acoge la jurisprudencia contencioso – administrativa a la que ya se ha hecho referencia, en el sentido de que el retiro de empleados en provisionalidad es un ejercicio de la facultad discrecional, cubierto por la presunción de que su causa es el mejoramiento del servicio. Como, a concepto del Tribunal, la accionante no logró desvirtuar esta presunción en tanto que “las acusaciones formuladas contra la actuación administrativa no encuentran sustento en las pruebas aportadas al proceso y los argumentos formulados no son suficientes para demostrar que el acto acusado se ha expedido con infracción de normas constitucionales y legales”, se decidió finalmente negar las pretensiones de la demanda.

31. Por su parte, el Consejo de Estado en segunda instancia decidió confirmar lo resuelto por el a quo luego de reiterar la jurisprudencia antedicha y aclarar que “al ser procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad”. Igualmente, desestimó las pruebas presentadas por la demandante indicando que no constituían evidencia de que su retiro se había producido arbitrariamente o con desviación de poder, por lo cual el acto acusado mantuvo su presunción de legalidad.

32. Al estudiar la acción de tutela en primera y segunda instancia, el mismo Consejo de Estado argumentó a favor de la legalidad de las providencias descritas, indicando que estas se habían ceñido al precedente aplicable y que, en todo caso, para el momento de proferirse el acto por el cual se retiró a la accionante del cargo que desempeñaba no había entrado en vigencia la Ley 909 de 2004 que obligó a motivar ese tipo de actos administrativos ni le era aplicable la sentencia SU-250 de 1998, por lo cual las providencias atacadas no habían incurrido en un defecto por desconocimiento del precedente. Así las cosas, la Sala encuentra que el asunto se circunscribe, en este punto, a determinar si las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso – administrativa debieron aplicar el precedente establecido por la Corte Constitucional y si la omisión de dicho deber implicaba un defecto por desconocimiento del precedente. Para establecer lo anterior, la Sala hará las

siguientes consideraciones:

33. En primer lugar, como se dijo anteriormente, la jurisprudencia atinente a la motivación de actos de retiro tiene su origen en providencias emitidas por esta Corporación desde el año 1998, dentro de las cuales destaca la ya referida sentencia SU - 250 de 1998. Esta última sentencia se fundamentó en pronunciamientos anteriores acerca de la motivación de los actos administrativos como una garantía fundamental en el marco del Estado Social de Derecho, derivando de allí la regla de que como los cargos en provisionalidad no habían sido taxativamente exceptuados por la ley de pertenecer al régimen general de los actos administrativos, entonces no era dable aceptar que no debían ser motivados.

34. Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento expuesto en la sentencia de tutela de segunda instancia que se revisa, según el cual para el momento de proferirse el acto administrativo (2002) que ordenó el retiro de la accionante no se encontraba vigente la línea jurisprudencial de esta Corte ni era aplicable lo dispuesto en la sentencia SU-250 de 1998, por referirse a un asunto sobre los notarios y no sobre los cargos en provisionalidad en general. Por el contrario, para cuando la señora Polanco fue despedida ya existía una jurisprudencia sentada sobre el particular desde hacía varios años antes[18], cuyas reglas habían sido ratificadas en la mencionada sentencia de unificación y, en consecuencia, debían ser acatadas por toda autoridad administrativa y judicial. Así, a pesar de que la SU-250 de 1998 se refería al caso de los notarios, sus consideraciones de la necesidad de motivar los actos de retiro hacen parte de su ratio decidendi pues sin ellas no habría sido posible resolver el caso concreto y, por tanto, tenían efectos erga omnes aplicables a este caso.

35. Con todo, como lo señala el salvamento de voto del señor Consejero Alberto Yepes, la discusión en sede de tutela no se refiere a la legalidad del acto de despido como tal, sino a la actuación de las instancias contencioso - administrativas. En esas providencias se evidencia que los jueces no tuvieron en cuenta la jurisprudencia constitucional, al punto que ni siquiera la mencionan a lo largo de sus fallos a pesar de que para el momento en que fueron proferidos la línea sentada por esta Corporación se había consolidado aún más, existiendo al menos otras dos sentencias de unificación al respecto, sobre las que ya se ha hecho referencia. En ese sentido, si se tiene en cuenta que las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional sientan jurisprudencia vinculante erga omnes (como

lo reconoce el mismo Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia que se revisa), es dable concluir que las providencias emitidas con ocasión del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la accionante contra el SENA omitieron injustificadamente el aplicar el precedente jurisprudencial vinculante para el caso puesto a su consideración, con lo cual estas decisiones quedaron viciadas con un defecto susceptible de ser controvertido por vía de la acción de tutela.

36. Así las cosas, la Sala decidirá que la acción de amparo impetrada por la señora Polanco en contra de las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda del Consejo de Estado, es procedente por haberse presentado en dichas decisiones el defecto de desconocimiento del precedente constitucional vigente y vinculante acerca del deber de motivar los actos administrativos que ordenan el retiro de un funcionario en provisionalidad, lo cual constituye, a su vez, una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Alcanzada esta conclusión, se procederá a determinar si en el presente caso se cumplen los criterios para que la Corte pronuncie una sentencia de reemplazo de acuerdo a lo establecido en la sentencia SU-917 de 2010 o si, por el contrario, deberá únicamente declarar la ineficacia de las sentencias atacadas.

De la sentencia de reemplazo.

37. La sentencia SU-917 de 2010 previó la existencia de tres escenarios diferentes que pueden dar lugar a proferir órdenes distintas, en casos como el que aquí se decide. El primero se refiere al evento en el cual uno de los fallos de instancia es coherente con la jurisprudencia de la Corte, situación en la que debe mantenerse en pie la decisión que haya estado acorde con la doctrina constitucional y dejar sin efectos las demás. El segundo escenario se presenta cuando ninguno de los fallos de instancia ha respetado el precedente constitucional, por lo que deben ser dejados sin efectos y se debe ordenar que se dicte una nueva decisión conforme a los preceptos constitucionales. Finalmente, la tercera hipótesis se refiere al caso en el cual existen fundadas razones para considerar que la autoridad judicial requerida no expedirá la decisión conforme a los precedentes de esta Corte por lo que para evitar que continúe la vulneración de derechos fundamentales se hace necesario que la Sala de Revisión dicte una sentencia de reemplazo.

38. De acuerdo con la mencionada sentencia de unificación, para que sea procedente actuar de acuerdo a lo descrito en el tercer escenario es necesario que concurren tres elementos: i) que la Corte encuentre que las providencias atacadas incurrieron en un defecto tal que contra ellas proceda la acción de tutela contra sentencias; ii) que el juez de instancia se haya negado en ocasiones previas a proferir órdenes en el sentido o con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional y iii) que exista certeza sobre el hecho de que, de no dictar la sentencia de remplazo, la protección de los derechos fundamentales perderá efectividad.

38.1. En el caso bajo análisis, la Sala ya ha llegado a la conclusión de que las sentencias atacadas incurrieron en una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente, con lo cual puede decirse que se cumple con el primero de los elementos. En lo que respecta al segundo criterio, esta Corporación observa que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha mantenido a través de los años la postura según la cual los actos que ordenan el retiro de un funcionario en provisionalidad no deben ser motivados, al punto de que varias de las sentencias de unificación que se han citado a lo largo de esta providencia se emitieron con el fin de corregir la postura adoptada por ese alto tribunal, sin que a la fecha haya modificado su jurisprudencia para hacerla acorde con los principios constitucionales.

38.2. En ese sentido, tanto la Sección Segunda del Consejo de Estado obrando como tribunal de apelación de la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, como las Secciones Cuarta y Quinta del mismo tribunal que conocieron respectivamente de la primera y segunda instancia de la acción de amparo, sostuvieron la preponderancia de la jurisprudencia contencioso – administrativa por encima del precedente constitucional en la materia. Todos estos antecedentes llevan a la Sala a considerar que está comprobado que el Consejo de Estado se ha negado a proferir decisiones acordes a los lineamientos fijados por esta Corporación en la materia bajo examen, con lo cual no queda sino declarar la existencia del segundo elemento contenido en la Sentencia SU-917 de 2010.

38.3. Finalmente, en cuanto al tercer elemento, la Sala hace notar que la señora Polanco fue despedida en el año 2002, momento en el cual interpuso la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho que sólo obtuvo una decisión definitiva hasta la

emisión de la sentencia de segunda instancia de julio de 2013 la cual, a su vez, sólo fue notificada a la actora hasta febrero de 2014. A lo anterior, debe sumarse el tiempo que lleva la acción de tutela en trámite, por lo cual la señora Polanco lleva al menos doce años esperando por una solución judicial definitiva al conflicto que tiene con el SENA. Así las cosas, la Sala entiende que se cumple el tercer elemento comoquiera que de someter a la accionante a otro periodo de espera, mientras las autoridades judiciales correspondientes emiten una nueva sentencia, implicaría socavar la efectividad de la acción de tutela y, con ello, ahondar en la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Polanco.

39. Por lo anterior, la Sala Novena de Revisión encuentra reunidos los requisitos para proferir una sentencia de reemplazo en este caso, de acuerdo con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional en la materia que se han reiterado a lo largo de esta decisión. Para estos efectos, la Sala observa que la Resolución No. 00795 de 2002, “Por la cual se da por terminado un nombramiento provisional”, está compuesta por dos secciones denominadas “Considerando” y “Resuelve”. En la primera de ellas, se hace un recuento de los cargos en provisionalidad que ostentó la señora Polanco en el SENA y se indica que es función del director de dicha entidad el “nombrar, contratar y remover al personal del SENA de conformidad con las disposiciones vigentes”. La parte resolutive, por su lado, contiene dos numerales:

“ARTÍCULO PRIMERO: Dar por terminado el nombramiento provisional efectuado mediante Resolución No. 01378 del 9 de noviembre de 2001, a la doctora Yolanda Polanco Polanco, como Jefe de División Grado 02 de la División de Estudios Ocupacionales de la Dirección General.

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición”

40. Como resulta evidente, la citada Resolución no contiene ningún tipo de motivación que permita determinar por qué fue despedida la señora Polanco, con lo cual puede entenderse que éste acto fue expedido en violación directa de los principios constitucionales de publicidad y de motivación de los actos administrativos según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte, resultando en la vulneración de los derechos de la accionante. En consecuencia, esta Corporación declarará la nulidad del acto administrativo que ordenó el retiro de la señora Polanco y, en consecuencia, se ordenará el reintegro de la actora y el

pago de una indemnización. De acuerdo con la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia y, específicamente de lo dispuesto en la ya mencionada Sentencia SU - 556 de 2014, el cumplimiento de estas órdenes deberá seguir los siguientes parámetros:

40.1. Frente al reintegro, éste sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado por la demandante i) todavía existe en la planta de la entidad o su nombre ha cambiado pero se conservan las mismas funciones, ii) no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos y iii) la accionante se encuentra en condiciones materiales de aceptar el nombramiento o no ha llegado a la edad de retiro forzoso. En caso contrario, sólo habrá derecho al pago de indemnización.

40.2 En cuanto a la indemnización, cabe mencionar que en la citada SU - 556 de 2014 se fijaron reglas para fijar el monto que debe ser pagado, teniendo en cuenta que:

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

A partir de este supuesto, las reglas son las siguientes:

i). La indemnización debe compensar el daño sufrido, es decir, lo realmente dejado de percibir con ocasión del despido y, por ese motivo, “de la suma indemnizatoria es preciso descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente”.

ii). En vista de que mediante el acto administrativo que ordenó el despido se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, la Corte decidió “que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses (de salario) que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la

provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses (de salario), atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio”.

En conclusión y atendiendo al precedente antedicho, se ordenará al SENA pagar, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de notificarse esta sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la accionante. En todo caso, esta suma no podrá ser inferior a lo equivalente a seis (6) meses del salario que la señora Polanco percibía al momento de ser despedida, con su respectiva indexación, ni deberá exceder lo equivalente a veinticuatro (24) meses del mismo salario, traídos a valor presente.

41. La Sala advierte, finalmente, que la orden de reintegro no genera fuero de estabilidad laboral absoluto alguno pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley, siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR las sentencias proferidas por la Secciones Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que resolvieron en primera y segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela interpuesta por la señora Yolanda Polanco Polanco contra providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda de la misma Sala del Consejo de Estado. En consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia de la accionante.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la señora Yolanda Polanco contra el SENA,

proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección A, el 29 de octubre de 2009 y por la Sección Segunda – Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, el 13 de junio de 2013.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 00795 de 2002, “Por la cual se da por terminado un nombramiento provisional”, proferida por el Director General del SENA.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- que la accionante sea reintegrada al cargo que ocupaba al momento del despido sin solución de continuidad.

QUINTO: ORDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- que pague a la accionante, a título de indemnización, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento que sea notificada la presente sentencia, según las reglas establecidas en la consideración 40.2 de la misma. Esta orden deberá cumplirse dentro de los siguientes treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia.

SEXTO: ADVERTIR que el reintegro ordenado sólo será procedente si el cargo específicamente desempeñado por la demandante todavía existe en la planta de la entidad o su nombre ha cambiado pero se conservan las mismas funciones, no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos y la accionante se encuentra en condiciones materiales de aceptar el nombramiento o no ha cumplido la edad de retiro forzoso. En caso contrario, sólo habrá lugar al pago de la indemnización ordenada en el numeral quinto de esta providencia.

SÉPTIMO: LÍBRENSE por Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente con permiso

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] “Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado, a partir de la Sala de Selección de Marzo de 2009”.

[2] En principio, esta interpretación encuentra su origen en lo establecido por la misma sentencia C- 543, en el sentido de que “no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente”, con lo cual se debe entender que la tutela es procedente en casos excepcionales, como efectivamente lo ha hecho esta Corporación (Véase también Auto No. 010 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía).

[3] El concepto de “vía de hecho” fue definido tempranamente por la jurisprudencia constitucional como “Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como

consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona” (Sentencia T - 079 de 26 de febrero de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñóz). En el mismo sentido, ver Sentencias T - 433 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz y T - 158 de 26 de abril de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[4] M.P. Eduardo Cifuentes Muñóz.

[5] Sentencia T - 288 de 14 de abril de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[6] Cabe anotar que los antecedentes inmediatos de esta Sentencia se encuentran en las Sentencias T- 441 de 29 de mayo de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T - 606 de 17 de junio de 2004, M. P. Rodrigo Uprimmy Yepes y T - 608 de 17 de junio de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

[7] Sentencia T - 217 de 17 de abril de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada. Ver también Sentencias C - 590 de 8 de junio de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño y SU - 913 de 11 de diciembre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[8] Sentencia T - 217 de 17 de abril de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada. Estas causales fueron desarrolladas extensamente en la ya citada Sentencia C - 590 de 8 de junio de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[9] Sentencia T-086 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda.

[10] Cfr. Sentencias T-193 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-918 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[11] Sentencia T-446 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[12] Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[14] Cfr. Sentencias T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-934 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[15] M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[16]M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

[17] M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[18] Así por ejemplo, véase las Sentencias T-683 de 1998, T-800 de 1998, la ya mencionada SU - 250 de 1998 y la T-884 de 2002.