

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá DC, primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente:	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Expediente:	11001-03-25-000-2017-00151-00
Demandante:	SONIA YAMILE RONDÓN TASCO
Demandado:	MUNICIPIO DE SAN GIL
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Asunto:	RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto de la sentencia de 9 de agosto de 2022 proferida en el proceso de la referencia, que unificó la jurisprudencia de la Corporación frente a la procedencia de descuentos de salarios y de prestaciones sociales obtenidos por otras vinculaciones laborales en relación con los empleados públicos nombrados en provisionalidad que fueron desvinculados del servicio de forma ilegal; las razones del disenso son las que expongo a continuación:

1) El recurso extraordinario de unificación tiene como fines y objetivos asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida (artículo 256 CPACA).

Además, el recurso procura el respeto del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación para instrumentar y viabilizar la eficacia de los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de buena fe; procede solo contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en procesos de única o segunda instancias, condición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2016.

El instrumento solo puede fundamentarse en una causal consistente en la oposición o desconocimiento de una sentencia de unificación de esta Corporación (artículo 258 *ibidem*).

2) En providencia del 1º de agosto de 2019, con ocasión de la decisión de un recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, la Sala Plena de la Sección Tercera formuló el siguiente problema jurídico: *¿La sentencia de unificación jurisprudencial genera fuerza vinculante de precedente de obligatorio cumplimiento en su totalidad, o solo su ratio decidendi?*

El razonamiento de la Sección Tercera resultaba pertinente y aplicable, *mutatis mutandis*, a este caso concreto motivo por el cual se transcribe en lo pertinente¹:

“La sentencia tendrá efectos vinculantes –stare decisis– y será imperativo analizar su viabilidad para efectos del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia en relación con el aspecto unificado (decisum)², es decir, que será preciso identificar la ratio decidendi –razón para decidir o razón suficiente–³.

(...) El sistema del profesor Goodhart –reconocido ampliamente por jurisprudencia y doctrina anglosajona– parte de la distinción entre hechos materiales (relevantes) e inmateriales (irrelevantes). Sostiene que los hechos materiales o relevantes son los que expresamente el juez señala y valora como determinantes para la solución de la controversia. Toda consideración estructurada en situaciones hipotéticas que no se presentan en el caso concreto, serán irrelevantes y por tanto las consideraciones sobre las mismas constituirán dictums.

(...) Significa lo anterior que las razones de la decisión no son las opiniones, criterios o razonamientos de derecho que formula el juez con vocación de generalidad o de forma pedagógica, sino que, por el contrario, la parte vinculante de la providencia es aquella que entra en una relación directa con los hechos relevantes del caso.

(...) De modo que el precedente solo tiene fuerza de cohesión y unidad frente a su ratio decidendi, significa que el obiter dictum –dicho de paso– o los obiter dicta –dichos de paso– de la sentencia no tienen la virtualidad de servir de fundamento del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Los obiter dicta son los argumentos, frases y enunciados contenidos en la parte considerativa de las providencias que cumplen distintas funciones textuales como pueden ser descripciones, reconstrucciones temáticas, explicaciones y presentación de argumentos, la aplicación de test constitucionales, las referencias doctrinales o de autoridad, y las referencias y desarrollos del derecho comparado⁴.

En efecto, la Corte Constitucional los ha definido como ‘aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las ‘consideraciones generales’, las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, providencia del 1º de agosto de 2019, exp 2013-00047 (58.317), MP María Adriana Marín.

² Cita del original. Parte resolutive de la sentencia.

³ Cita del original. “*Un precedente, por lo tanto, es una decisión judicial que contiene en sí mismo un principio. El principio subyacente que forma su elemento de autoridad a menudo se denomina la ratio decidendi*”. Salmond, *Jurisprudence*, 7ª edición, 1924, Pág. 201. Citado por: GOODHART, Arthur “*Determining the ratio decidendi of a case*”, en: *Yale Law Journal*, VOL. XL No. 2, 1930.

⁴ Cita del original. Cf. QUINCHE, Manuel Fernando “*El precedente judicial y sus reglas*”, Ed. Legis, Bogotá 2014, pág. 39.

jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para unificar [o decidir] la cuestión precisa a resolver⁵.

(...) Todo lo anterior permite entender que así exista un principio jurisprudencial uniforme, resulta imprescindible en el análisis del recurso extraordinario de unificación el estudio de los hechos de cada caso concreto. En efecto, solo serán subsumibles en el campo de la sentencia de unificación procesos que discutan hechos similares que permitan hacer extensivo el precedente⁶.

En suma, no todo el contenido de la sentencia de unificación servirá de insumo para el ejercicio del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Solo el contenido relacionado con el decísum y la ratio decidendi del caso concreto y, por tanto, el punto de unificación será lo que permite determinar si se infirma o no el fallo proferido, en única o segunda instancia, por el respectivo tribunal administrativo". (negrillas adicionales).

En ese orden de ideas, para establecer la procedencia del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial resulta imprescindible que se identifiquen los hechos materialmente relevantes de la providencia de unificación, dado que respecto de estos es que opera la fuerza vinculante del precedente.

3) En la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, invocada como fundamento del recurso extraordinario de unificación interpuesto por la parte actora⁷, esta Sala resolvió la controversia suscitada con ocasión de la desvinculación de la señora Amparo Mosquera Martínez por cuenta de una modificación de la planta de personal de la Contraloría General de la República.

En efecto, en la citada providencia se consignó expresamente en relación con la inscripción de carrera de la demandante lo siguiente:

"A través de la Resolución No. 0765 de 21 de julio de 1997, el Jefe de la Oficina de Administración de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República ordenó la inscripción de Amparo Mosquera de García en el cargo de Jefe de Unidad Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 16, de la Unidad del Sector Minas y Energía, Dirección Seccional Valle (fl. 7). y, por ende, **no existe controversia respecto de los derechos de carrera que ostentaba la actora.**

(...) A juicio de la Sala, como la demandante, por tener título de abogada, especializada en derecho administrativo, cumplía los requisitos para el ejercicio

⁵ Cita del original. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. De igual forma, consultar: sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Cita del original. "Para que una decisión sea precedente de otra decisión no se requiere que los hechos anteriores y los posteriores sean absolutamente idénticos... Es claro que la relevancia de un precedente depende de la forma como se caracterizan los hechos que se desprenden del primer caso... En orden a determinar qué es un precedente, se debe vincular las similitudes relevantes entre los dos casos". SCHAUER, Frederick "Precedent", en: Stanford Law Review, Vol. 39, no. 3, pág. 577.

⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2008 exp 76001-23-31-000-2000-02046-02, MP Jesús María Lemus Bustamante

del cargo de Coordinador de Gestión, grado 2, perteneciente al Nivel Ejecutivo, podía válidamente ser incorporada a uno de los empleos de la nueva planta de personal, en aplicación de los principios constitucionales y legales que rigen el ingreso, la permanencia y el retiro del servicio de los empleados de carrera administrativa, conforme al artículo 125 de la Constitución Política.

Así, en criterio de la Sala, el cargo de Jefe de Unidad, Grado 16, desempeñado por la demandante quedó clasificado por homologación salarial como Coordinador de Gestión, grado 2.

Demostrado como está que el cargo de Jefe de Unidad Seccional Nivel Ejecutivo, grado 16, de la anterior planta de personal, desempeñado por la demandante, fue homologado con el cargo de Coordinador de Gestión, grado 2, de la nueva planta de personal, corresponde a la Sala estudiar las hojas de vida de quienes fueron nombrados en esos cargos en la Seccional del Valle para determinar si reunían mejores requisitos para su desempeño frente a los estudios y la preparación de la actora.

(...) De otra parte, sin duda le asistía mejor derecho que a Sandra Patricia López y a Dagoberto Calero, en razón a que éstos ostentaban títulos de fonoaudióloga e ingeniero agrónomo, respectivamente, y los requisitos para el ejercicio del cargo hacían referencia a las profesiones de derecho, economía, administración de empresa, administración pública, contaduría pública, ingeniería industrial e ingeniería de sistemas. En estas condiciones la actora tenía mejor derecho a ser incorporada como Coordinadora de Gestión, cargo que fue homologado con el de Jefe de Unidad Grado 16, pues, como ya se advirtió, los funcionarios aludidos no reunían los requisitos mínimos para su ejercicio.

Por este motivo, en criterio de la Sala, el acto acusado está afectado de falsa motivación y desviación de poder, causales de ilegalidad que hacen imperioso decretar su nulidad y ordenar el reintegro de la actora al cargo de Coordinadora de Gestión, grado 2, del Nivel Ejecutivo.” (se resalta).

Con fundamento en los anteriores hechos materialmente relevantes, **la Sala procedió a unificar la jurisprudencia sobre la improcedencia del descuento de los salarios y prestaciones percibidos por el empleado vinculado a un destino público en propiedad, inscrito y perteneciente al sistema de carrera administrativa que, desvinculado ilegalmente del servicio público tuvo otra relación legal y reglamentaria con el Estado durante el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho correspondiente.**

4) En el caso materia de este proceso, la demandante no ostentaba derechos de carrera administrativa, pues, su vinculación con el régimen de función pública era a título precario, a través de un nombramiento en provisionalidad, de allí que los supuestos fácticos no son idénticos ni similares a los juzgados en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, exp 76001-23-31-000-2000-02046-02.

Los nombramientos en provisionalidad no pueden ser equiparados, de ningún modo, a los de vinculación a empleos de carrera administrativa debido a que aquellos no tienen vocación de permanencia, son excepcionales, son residuales, están sujetos a un factor de temporalidad y generan un vínculo precario con el Estado⁸.

Así las cosas, la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008 no es extensiva de los nombramientos en provisionalidad por cuanto los hechos materialmente relevantes que fueron objeto de juzgamiento por la Sala en esa precisa oportunidad versan sobre cargos de carrera administrativa.

Por consiguiente, los hechos o supuestos fácticos de este caso concreto son completa y sustancialmente diferentes dado que el factor de permanencia, la estabilidad y el vínculo con el Estado son esencialmente distintos entre el empleo perteneciente al sistema de carrera administrativa y el vínculo determinado por un nombramiento en provisionalidad.

5) En esa perspectiva, considero respetuosamente que la Sala debió limitarse a declarar infundado el recurso extraordinario de unificación porque la sentencia de 29 de enero de 2008, exp 76001-23-31-000-2000-02046-02 no tenía fuerza vinculante de precedente frente al supuesto de hecho objeto de juzgamiento en esta oportunidad y, por lo tanto, el Tribunal Administrativo de Santander podía autónomamente aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias SU-691 de 2011 y SU-556 de 2014 sin que esta circunstancia configurara un desconocimiento o trasgresión del precedente fijado por esta Corporación.

En otros términos, la Sala no tenía competencia para unificar su jurisprudencia en relación con la procedencia o no de los descuentos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, de allí que, insisto, se debió rechazar de plano el recurso o simplemente declararlo infundado porque el Tribunal Administrativo de Santander podía apartarse libremente de la jurisprudencia de esta Corporación, dado que la sentencia de 2008 versaba sobre nombramientos en propiedad en el sistema de carrera administrativa.

6) Estoy convencido de que el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial no es la oportunidad idónea para efectuar un cambio jurisprudencial, tal como ocurrió en el *sub examine*, en tanto que este instrumento procesal tiene como propósito esencial garantizar el respeto y el apego del precedente.

⁸ Ver: Corte Constitucional, sentencias C-431 de 2010, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

Así las cosas, lo que debió analizar la Sala era si los hechos relevantes de este caso concreto se enmarcaban en los hechos y la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de 2008 para definir si era viable o no tramitar el recurso extraordinario de unificación, lo que hubiera permitido advertir que no era posible extender el criterio jurisprudencial de la sentencia de 2008 al caso objeto de análisis por cuanto los vínculos legales y reglamentarios en uno y otro caso eran distintos.

En síntesis, el Tribunal Administrativo de Santander acertó al aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal como lo concluye la providencia de la referencia, puesto que en materia de empleos en provisionalidad no existía una sentencia de unificación jurisprudencial de esta Corporación y, en consecuencia, no se debió dar trámite al recurso extraordinario de la referencia, de modo que tampoco se debió unificar la jurisprudencia porque no se tenía competencia para ello.

En los anteriores términos dejo consignadas las razones que me llevaron a apartarme de la sentencia.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA.