



185

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02104-01

Actor: CARLOS ALBERTO ROMÁN RÚA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial. Topes indemnizatorios. Reiteración.¹

Procede la Sala a resolver la impugnación por la parte actora contra el fallo de primera instancia, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 6 de diciembre de 2017, por medio del que negó el amparo solicitado en la presente acción.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **ROMÁN RÚA**, presentó acción de tutela el 16 de agosto de 2017, en la que solicitó el amparo del derecho fundamental al debido proceso, que sigue siendo vulnerado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en esta ocasión, con la providencia de reemplazo dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 05001-33-33-009-2012-00477-01, que promovió contra el departamento de Antioquia.²

1.1. Hechos de la acción

La Sala resume los hechos relevantes de la acción, de la siguiente manera:

¹ Sobre la presente temática, se pueden consultar las siguientes sentencias de tutela de Sala de Decisión: **Febrero 15 de 2018**, expediente No. 11001-03-15-000-2017-03463-00, accionante la Policía Nacional; C. P. Alberto Yepes Barreiro. **Noviembre 8 de 2017**, proceso No. 11001-03-15-000-2017-02690-00, tutelantes HÉCTOR GABRIEL GARCÍA Ortiz y otro; C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. **Abril 26 de 2017**, tutela No. 11001-03-15-000-2017-00608-00, actor la Policía Nacional; C. P. Rocío Araújo Oñate. **Febrero 18 de 2016**, radicado No. 11001-03-15-000-2015-03502-00, accionante Sara Esther Mosquera Moreno; C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

² Fls. 1 – 11.



1.1.1. La Sección Quinta del Consejo de Estado, en el fallo de tutela del 2 de marzo de 2017, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2016-02792-01, resolvió:

«**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 16 de noviembre de 2016, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar:

1.1. DECLARAR improcedente la acción de tutela, para analizar los motivos de inconformidad del demandante relacionados con la incidencia de la notificación de la resolución mediante la cual fue incluido en el Registro Único de Víctimas, y el presunto impedimento del Subsecretario de Educación de Antioquia, Luis Alfonso Barrera Sossa, al aprobar el acto administrativo a través del cual se declaró la vacancia del cargo por abandono.

1.2. TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Carlos Alberto Román Rúa. En consecuencia:

1.2.1. DEJAR sin efectos la sentencia del 23 de febrero de 2016 del Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Cuarta de Oralidad, proferida al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 05001-33-33-009-2012-00477-01.

1.2.2. ORDENAR a la autoridad judicial antes señalada, que en el término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, dicte nueva providencia en la que analice las pruebas y argumentos de hecho y derecho presentados por las partes, teniendo en cuenta las normas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C- 1185 de 2005) y el Consejo de Estado, sobre el requisito indispensable de garantizar un procedimiento administrativo, previa expedición del acto que declara la vacancia de empleo por abandono.

SEGUNDO: Por Secretaría General, **REMITIR** de manera inmediata al Tribunal Administrativo de Antioquia, el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 05001-33-33-009-2012-00477-01, a fin de que dé cumplimiento a la presente decisión».³

1.1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió sentencia de reemplazo el 29 de marzo de 2017, en la que dispuso:⁴

«**PRIMERO: CONFÍRMASE LA DECISIÓN CONTENIDA EN LA SENTENCIA DE FECHA 26 DE MARZO DE 2015, PROFERIDA POR EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, por medio de la cual se declaró la nulidad de los Decretos 1872 del 02 de agosto de 2012 y 2586 del 05 de octubre de 2012, proferidos por la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, mediante los

³ Resaltados del original.

⁴ Fls. 32 – 46.



186

cuales se declaró la vacancia del servicio educativo del señor **CARLOS ALBERTO ROMÁN RÚA**, conforme a las premisas discernidas en el cuerpo del presente proveído.

SEGUNDO. MÓDIFICANSE {sic} LOS NUMERALES TERCERO Y CUARTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 26 DE MARZO DE 2015, PROFERIDA POR EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, los cuales quedarán así:

"TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho el Departamento de Antioquia deberá reintegrar al señor CARLOS ALBERTO ROMÁN RÚA, al mismo cargo de Docente Orientador que venía desempeñando antes de que se declarará la vacancia del servicio educativo, cargo adscrito a la planta de cargos de la entidad departamental, a fin de que se le permita culminar el período de prueba, en caso de que para ese momento, no se hubiere agotado, y se le realice la evaluación de desempeño de que trata el artículo 12 del Decreto 1278 del 19 de junio de 2002, culminada la cual, se deberán adoptar las decisiones correspondientes en los términos expresados en la misma disposición.

CUARTO.- Al mismo título el Departamento de Antioquia deberá pagar en favor del señor CARLOS ALBERTO ROMÁN RÚA, por concepto de indemnización, los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir desde el día en que se produjo su vacancia del servicio educativo y por espacio de veinticuatro (24) meses, suma que deberá pagarse en forma ajustadas en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y conforme a la fórmula expresada en la parte motiva de la decisión. "

TERCERO. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, **se condena en costas de segunda instancia a la parte recurrente**, en los términos discernidos previamente, las cuales deberán ser liquidadas por la Secretaría de la instancia previa».⁵

Los topes indemnizatorios los aplicó con fundamento en la sentencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional.

1.2. Fundamentos de la acción

Manifestó el tutelante que el Tribunal Administrativo de Antioquia le aplicó al caso del suscrito educador la sentencia SU-556 de 2014, que, si bien es un precedente judicial de naturaleza vertical de la Corte Constitucional, también es una fuente de derecho cuyo ámbito de aplicación son los servidores públicos nombrados en provisionalidad.

⁵ Resaltados del original.



El caso del maestro, es el de ser empleado del sistema de carrera, en virtud de haber aprobado el concurso público de méritos, en condición de desplazamiento e incluido en el Registro Único de Víctimas; situación muy diferente a las personas nombradas en provisionalidad que, como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, apartado 3.5.10:

«En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos...».

Asimismo, el Decreto No. 1278 del 19 de junio de 2002, diferencia claramente dos clases de nombramiento, el artículo 12 de ese estatuto contempla el nombramiento en período de prueba, como consecuencia de la aprobación del concurso de méritos; y, el artículo 13 los nombramientos provisionales, con el objeto de proveer transitoriamente empleos docentes, que, como lo prescribe el criterio b, *«...el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso»*.

En armonía con las dos clases de nombramiento divergente que señalan los artículos 12 y 13 del Decreto No. 1278 de 2002, así como lo indicado en la sentencia SU-556 de 2014, se puede colegir entonces que, el accionante, habiendo participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hizo merecedor del cargo, accedió a la función pública docente con el derecho de estabilidad típico de quien ingresa en virtud de la aprobación del concurso público de méritos, esto es, accedió con una estabilidad mayor a la de una persona nombrada en provisionalidad; como, el Tribunal Administrativo de Antioquia, lo reconoce en la sentencia del 29 de marzo de 2017, el demandante cuenta con un mayor derecho.

Finalmente, reiteró que un ciudadano que haya ingresado a la función pública por superación de todo un proceso evaluativo del concurso público de méritos, como es el caso del tutelante, alberga la expectativa razonablemente lógica de permanecer indefinidamente en el servicio; que al no tratarse de una indemnización por un daño causado, sino del restablecimiento de una relación laboral, que la interrumpió indebidamente la administración de educación del Departamento de Antioquia, la consecuencia lógica debe ser el



restablecimiento pleno del derecho; esperándose, por tanto, que esta sea, la reparación integral a la que tiene derecho el suscrito.

De tal manera que por lo anteriormente expuesto, además, que por razones de respeto al espíritu de la meritocracia expresado en los concursos públicos, del cual se origina el cargo del aquí accionante, y, al observar que, con la asimilación que hace a su caso, el Tribunal accionado, al de los empleados en provisionalidad, se continua vulnerando el debido proceso del educador, es que se realiza la solicitud formulada en principio.

1.3. Pretensión constitucional

El accionante, para lograr la cesación de la vulneración de su derecho, manifestó:

«...acud{o} respetuosamente ante el Honorable Consejo de Estado a fin de solicitar, a su Señoría, que, conforme el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Cuarta de Oralidad, con ponencia de la magistrada PILAR ESTRADA GONZÁLEZ, confirmó la decisión contenida en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Medellín, asimismo, se respete y confirme el pleno restablecimiento del derecho reconocido en dicha sentencia de primera instancia, en el sentido de que la parte demandada le pague al demandante todas las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir desde el retiro del servicio hasta el reintegro efectivo».

2. Trámite de instancia

La doctora Stella Jeannette Carvajal Basto y el doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, el 18 de agosto de 2017, manifestaron estar impedidos para conocer la tutela de la referencia, toda vez que resolvieron en primera instancia el proceso constitucional que ordenó proferir la decisión de reemplazo, que ahora se cuestiona.⁶

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con auto del 11 de septiembre de 2017, declaró fundados los impedimentos manifestados, por lo que ordenó sorteo de conjueces; admitió la tutela, donde se ordenó notificar como demandado a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia.⁷

⁶ Fl. 92.

⁷ Fls. 94- 95.



Por tener interés en el resultado de la presente tutela se ordenó vincular al Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Medellín y al departamento de Antioquia.

3. Intervenciones

Remitidas las comunicaciones del caso,⁸ se dieron las siguientes intervenciones:

3.1. La Secretaría de Educación de Antioquia

Al intervenir solicitó declarar improcedente la acción de tutela, pues la Secretaría de Educación de Antioquia no ha vulnerado derecho fundamental alguno; por el contrario, el acto administrativo, por el cual se reintegra al señor **ROMÁN RÚA**, fue expedido en debida forma, con plena observancia de las formas jurídicas en las que debe fundarse, en cumplimiento de una orden judicial.⁹

3.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia

La autoridad judicial cuestionada contestó la tutela, escrito en el que manifestó:¹⁰

«En el asunto que hoy nos convoca, luego de revisar las actuaciones registradas en la página web de la Rama Judicial, en el link de consulta de procesos, se pudo evidenciar que el señor Carlos Alberto Román Rúa, el día 31 de julio de 2017, presentó un memorial ante la Secretaría General del Consejo de Estado, correspondiente a la acción de tutela radicada con el número 11001031500020160279201, frente al que, la Consejera Ponente Rocío Araújo Oñate, a través de auto de fecha 09 de agosto de 2017, estimó conveniente someterlo a reparto, luego de considerar que no se trataba de una incumplimiento predicado en contra del Tribunal Administrativo de Antioquia, en relación con el fallo de tutela proferido por esta sección el 2 de marzo de 2017 dentro del proceso radicado con el número 11001-0315-000-2016-02792-01, ni que directa o indirectamente, el actor estuviera invocando el inicio de un incidente de desacato.

Bajo ese entendido, la suscrita considera que la acción de tutela de la referencia se torna improcedente, en tanto al actor la única posibilidad que le otorga el legislador frente al eventual incumplimiento de una orden constitucional contenida en un fallo de tutela, es invocar el inicio de un incidente de desacato.

...

⁸ Fls. 96 - 100.

⁹ Fls. 102 - 104.

¹⁰ Fls. 106 - 107.



Por ello, la suscrita y ponente de la decisión emitida el 29 de marzo de 2017, en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida dentro del proceso radicado con el número 11001031500020160279201, tiene a bien solicitar que se deniegue el amparo invocado por el señor Carlos Alberto Román Rúa, pues a la postre se observa que una vez más pretende atacar la decisión judicial, a modo de cuarta instancia».

4. Fallo de primera instancia

Sección Cuarta del Consejo de Estado con sentencia del 6 de diciembre de 2017, negó el amparo solicitado.¹¹

Para lo anterior, explicó que, el Tribunal Administrativo de Antioquia encontró que el actor estaba vinculado como docente en periodo de prueba. En consecuencia, aplicó lo previsto en la sentencia SU-556 de 2014, que respecto a la indemnización de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, dispuso que la suma a pagar por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia no pudiera ser inferior a 6 meses, ni superior a 24 meses.

En este orden de ideas, no se advierte que la autoridad judicial demandada haya adoptado una decisión arbitraria, ni trasgresora de los derechos fundamentales invocados, por el contrario, constituye una interpretación razonada del alcance del nombramiento en periodo de prueba y la consecuente aplicación de la sentencia SU-556 de 2014.

5. Impugnación

El señor **ROMÁN RÚA**, a través de apoderado judicial,¹² presentó escrito de impugnación, el 18 de diciembre de 2017,¹³ en el que reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio y, explicó que, el Tribunal Administrativo cuestionado cometió un yerro en cuanto a la selección de la fuente jurídica que sirvió de soporte para tomar la decisión pues, en lugar de darle el tratamiento de una persona que ganó el concurso de méritos, se le tuvo como un servidor público provisional, figura que da pie a una situación administrativa cuyo límite máximo de duración es de 24 meses, en los

¹¹ Fls. 120 – 134.

¹² Fl. 147, poder.

¹³ Fls. 140 – 145. La providencia judicial cuestionada se notificó por correo electrónico el 13 de diciembre de 2017 (fls. 135 – 139).



término establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

Es decir, con el fallo, el Tribunal Administrativo de Antioquia empleó el recurso interpretativo de la analogía en lo desfavorable al accionante, contrariando así el texto del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. El accionante reitera que no ingresó al servicio público como empelado provisional sino como quien ganó el concurso de méritos para ocupar un empleo de carrera con todas las propiedades que de ello se derivan.

Es evidente que del accionante no pudo constatarse la superación del periodo de prueba, pero por causas imputables a la entidad a la que prestó el servicio. Fue retirado abrupta y caprichosamente por su nominador, y pretender ahora, como lo hace el Tribunal Administrativo de Antioquia, gravar con las consecuencias de tal injusto proceder al accionante resulta una conducta tan injusta como lo fue el mismo retiro del servicio.

El Tribunal Administrativo de Antioquia tuvo como hecho cierto, sin serlo, que el accionante no podía haber superado el periodo de prueba. Es cierto que un empleado provisional no puede ocupar un empleo de carrera por más de 24 meses ya que así lo preceptúa la disposición legal, pero no es cierto que un empleado en periodo de prueba inevitablemente fracase en su propósito de consolidar su situación administrativa.

6. Trámite en segunda instancia

Las doctoras Rocío Araújo Oñate, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, el 8 de febrero de 2018, manifestaron estar impedidos para conocer la presente el presente mecanismo constitucional.¹⁴

Expresaron que, de la revisión del escrito de tutela se encontró que el actor pretende cuestionar la decisión adoptada el 29 de marzo del 2017 por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Esta, fue proferida en cumplimiento del fallo de tutela de 2 de marzo de 2017, proferido por esta Sección dentro del expediente No. 110010315000-2016-

¹⁴ Fl. 158.



02792-01, en el marco de un proceso constitucional iniciado por quien también funge como tutelante en el asunto de la referencia.

Por tanto, advirtieron que hicimos parte del debate correspondiente y suscribieron la mencionada providencia, como consta a folio 31 del expediente.

Luego de sorteados los conjuces del caso,¹⁵ la Sección Quinta del Consejo de Estado, con providencia del 8 de marzo de 2018,¹⁶ declaró infundados los impedimentos manifestados, toda vez que en la acción de tutela en la que anteriormente participaron, se dirigió a cuestionar la providencia que negó las pretensiones de nulidad del actor por cuanto no se garantizó su derecho al debido proceso al expedir el acto demandado y lo que ahora se censura es el hecho de que la sentencia de reemplazo limitó la indemnización a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre 6 y 24 meses, en aplicación de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por el señor **CARLOS ALBERTO ROMÁN**, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto No. 2591 de 1991.

2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción de tutela, las intervenciones y los argumentos dados en las impugnaciones, corresponde a la Sala determinar:

- i. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y en caso de que se supere lo anterior;
- ii. Analizado lo anterior, se debe establecer si se confirma, modifica o revoca el fallo de tutela de primera instancia, que negó el amparo deprecado y, a partir de ello, determinar si con la providencia judicial cuestionada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia,

¹⁵ Fls. 160 y 167.

¹⁶ Fls. 173



dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de marras, en segunda instancia, se vulneró el debido proceso, como se indicó en el presente mecanismo constitucional.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,¹⁷ venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁸ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.¹⁹

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²⁰

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen,

¹⁷ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y otro.

¹⁸ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁰ Se dijo en la mencionada sentencia: «**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia».



101

antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente».**²¹ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **«fijados hasta el momento jurisprudencialmente»**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,²² la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso

²¹ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



deberá probarse y en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²³ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Caso concreto

Para la Sala, una vez analizados los argumentos dados en la tutela, en las intervenciones, en la impugnación presentada y en el material

²³ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



191

probatorio allegado al presente trámite, evidencia que se han **vulnerado el derecho al debido proceso del accionante**, al aplicar un precedente que no se ajustaba a la situación fáctica del caso concreto, motivo por el cual, se **revocará** el fallo impugnado y, en su lugar, dicho derecho **será amparado**.

En efecto, al resolver un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, en acción de tutela promovida contra del Tribunal Administrativo del Tolima, en la sentencia de 4 de octubre de 2017, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado No. 11001-03-15-000-2017-02110-00 y accionante: SANDRA PATRICIA LOZANO CUARTAS, la Sección Quinta explicó que las sentencias de unificación SU-556, SU-874 de 2014, SU-053 y SU-054 de 2015, **fijaron la regla de topes indemnizatorios sólo para los casos de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera**, en esta ocasión, se reiteran los planteamientos allí expresados.

Se afectan derechos fundamentales por indebida aplicación de las sentencias de unificación SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 al ordenar que los montos reconocidos en la sentencia enjuiciada no puedan ser inferiores a 6 meses ni superiores a 24 meses.

Para la parte demandante en el caso en cita no era posible que el Tribunal Administrativo de Antioquia aplicara la sentencia de unificación SU-556 de 2014, pues esta providencia reguló el tema del restablecimiento del derecho frente a la desvinculación de empleados públicos que **ocupaban cargos de carrera, pero en provisionalidad**, contexto fáctico que no asimila a la situación del señor **CARLOS ALBERTO ROMÁN RÚA**, ya que este fue desvinculado, con violación del debido proceso como lo puso de presente esta Salas de Decisión en la fallo de tutela de 2 de marzo de 2017, al declarar la vacancia del empleo por abandono del mismo;²⁴ ahora se lee en los hechos de la providencia judicial que ahora se cuestiona, que el tutelante **«...a través de concurso de méritos,**

²⁴ «...se tutelaré el derecho fundamental al debido proceso, se dejará sin efectos la sentencia cuestionada, y se le ordenará a la autoridad judicial demandada, que en el término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, **dicte nueva providencia en la que analice las pruebas y argumentos de hecho y derecho presentados por las partes, teniendo en cuenta las normas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-1185 de 2005) y el Consejo de Estado, sobre el requisito indispensable de garantizar un procedimiento administrativo, previa expedición del acto que declara la vacancia de empleo por abandono**» (Énfasis de la Sala).



accedió al cargo de docente orientador en la Institución Educativa Anorí, ubicada en dicha localidad, siendo nombrado a través del Decreto 02555 del 12 de agosto de 2011, proferido por el Secretario de Educación del Departamento de Antioquia», en periodo de prueba.

Esta Sala no comparte lo afirmado por el Tribunal Administrativo de Antioquia y que el *a quo* constitucional encontró como razonable, para dar aplicación a los topes indemnizatorios fijados por la Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, toda vez que, no es posible ni jurídica ni fácticamente, equiparar las situaciones de quienes acceden a un cargo de carrera en provisionalidad, a quien lo ocupa en periodo de prueba, luego de haber superado todas las etapas de un concurso de méritos y haber logrado quedar en el primer lugar de elegibilidad, como ocurre en el presente caso.

Lo anterior, pues como lo indicó el tutelante, el Decreto No. 1278 del 19 de junio de 2002,²⁵ diferencia claramente dos clases de nombramiento, el artículo 12²⁶ de ese estatuto contempla el nombramiento en período de prueba, como consecuencia de la aprobación del concurso de méritos; y, el artículo 13²⁷ los

²⁵ «Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente», Diario Oficial No. 44.840 del 20 de junio de 2002.

²⁶ «Nombramiento en período de prueba. La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses.

Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en período de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

Parágrafo 1º. Los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, deben acreditar, al término del período de prueba, que cursan o han terminado un postgrado en educación, o que han realizado un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2º. Quienes no superen el período de prueba serán separados del servicio, pudiéndose presentar de nuevo a concurso cuando haya otra convocatoria».

²⁷ « Nombramientos provisionales. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos:

a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;



nombramientos provisionales, con el objeto de proveer transitoriamente empleos docentes.

Por lo anterior, a juicio del accionante, resultaba violatorio del derecho al debido proceso que la autoridad judicial demandada acogiera la regla, según la cual la indemnización reconocida no podía ser inferior a los 6 meses, término máximo de duración de la provisionalidad, y un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta 24 meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, por no encontrar en el mismo supuesto de hechos de los casos estudiados por la Corte Constitucional en la SU-556 de 2014.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en la providencia atacada a través del presente proceso constitucional, consideró:²⁸

«Finalmente, y como quiera que esa misma vinculación especial que ostentaba el señor Carlos Alberto Román Rúa, en el momento en que se produjo su vacancia del servicio educativo, lo ubica en un punto intermedio entre los docentes vinculados en provisionalidad y aquellos que ya hubieren accedido a los derechos de carrera, en lo que toca con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, deberá seguirse lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, a través de la Sentencia SU - 566 de 2014, según la cual, cuando ha transcurrido mucho tiempo desde el momento en que se produjo el retiro o cuando medió un proceso ordinario cuya resolución también tardó bastante tiempo, es necesario ordenar el reconocimiento de una indemnización por un lapso de tiempo que no puede ser inferior a seis (6) meses, ni superior a veinticuatro (24) meses, postura que, pese a hacer alusión al personal con nombramiento en provisionalidad que es objeto de desvinculación, es aplicable al presente asunto, en virtud de que la ratio decidendi de la Corte Constitucional, apuntó a la indemnización de expectativas de permanencia del personal nombrado en provisionalidad, misma que podía tener el señor Carlos Alberto Román Rúa, en el entendido de que contaba con un mayor derecho por estar en tránsito de adquirir derechos de propiedad».

b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

Parágrafo. *Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.*

Para ser vinculados en propiedad, y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto».

²⁸ Fls. 32 -46.



Para la Sala de lo transcrito se evidencia que el Tribunal no realizó un mayor esfuerzo para analizar si la regla establecida por la Corte Constitucional en el tema de limitantes indemnizatorios aplicaba o no al caso concreto, no fijó un criterio de razonabilidad para el uso de ésta en la situación bajo análisis, que como se explicará a continuación no podía ser utilizada en la litis del señor **ROMÁN RÚA**.

Es del caso precisar, frente a los topes temporales en relación con la indemnización por retiro, que la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, **estudió los casos de 3 personas que fueron nombradas en provisionalidad** y a quienes se les declaró insubsistente su nombramiento, sin que las entidades a las pertenecían motivaran tal decisión.

Para imponer la subregla en estudio, esto es, que los montos reconocidos en virtud de la nulidad del acto de retiro del servicio no podrían ser inferiores a 6 meses ni superiores a 24 meses, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación en cita explicó:

(...)

3.6.3.13.1. En efecto, como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional ha venido evolucionando en la dirección de vincular el monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación, con el daño efectivamente sufrido por éste. Dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

(...)

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

3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial



por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

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

(...)” (Negritas y subrayado fuera de texto).

De la anterior transcripción, la Sala concluye que la Corte Constitucional limitó la indemnización ordenada con base en el reintegro, para lo cual resolvió que los montos reconocidos en virtud de la declaratoria de nulidad del acto que desvinculó del servicio a un empleado en provisionalidad no podían ser inferiores a 6 meses, bajo el entendido que en esos casos, con el acto administrativo de retiro, se frustró la estabilidad relativa en el cargo y, por tanto, la indemnización no podría ser inferior a 6 meses, término máximo de duración de la provisionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, norma que dispone:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

(...)”

Además, la Corte Constitucional consideró que la indemnización también debía limitarse a un término máximo, el cual no podrá ser superior a 24 meses, esto, con base en estudios internacionales y nacionales sobre la definición del desempleo de larga duración.

Revisada la providencia enjuiciada y la sentencia de unificación que fue sustento de dicha decisión, la Sala considera que, tal como lo advierte la parte actora, en el caso en estudio se aplicó como precedente una providencia que analiza unos casos que no son similares a la situación fáctica planteada en el proceso de nulidad y restablecimiento que dio origen a la providencia judicial que ahora se cuestiona con la presente tutela.



Por lo anterior, la regla sobre la aplicación de topes para la indemnización por desvinculación de empleados en provisionalidad creada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, frente a funcionarios en provisionalidad, su situación, se itera, no es posible ni jurídica ni fácticamente, equiparar frente a quien ocupa el cargo de carrera en periodo de prueba, luego de haber superado todas las etapas de un concurso de méritos y haber logrado quedar en el primer lugar de elegibilidad, como ocurre en el presente caso y, adicionalmente, **la sentencia de unificación** aplicada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, **regulaba unos supuestos de hecho disímiles**, en tanto los parámetros para fijar el término mínimo y máximo a indemnizar (no menor a 6 meses ni mayor a 24 meses), tiene su razón de ser y su sustento en que, conforme a la Ley 909 de 2004, **el empleo en provisionalidad** tiene un máximo de duración de 6 meses, norma cuyo supuesto fáctico no se adecuaba a la cuestión resuelta.

Por lo anterior, se reitera que la regla señalada solo fue consagrada para los casos de los **cargos carrera, pero nombrados en provisionalidad**, como fueron los discutidos en las sentencias de unificación SU-556 de 2014, en la que el Tribunal Administrativo de Antioquia fundamentó su decisión, que ahora se cuestiona con la acción de tutela, como se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

Sentencia de unificación	Situación fáctica que la originó
SU-556-14	<p>Expediente T-3.275.956. El accionante que, por medio de Resolución del 28 enero de 1994, se vinculó en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación, como Fiscal Seccional de Cundinamarca con sede en Leticia.</p> <p>Expediente T-3.319.445. El señor Ricardo Manuel Rodríguez Suárez se vinculó en provisionalidad al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en el cargo de Profesional Administrativo, mediante Resolución 0037 del 15 de enero de 1997. Sin embargo, el 11 de octubre de 2002, por medio de Resolución 02181, de la misma fecha, el accionante fue declarado insubsistente por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad.</p> <p>Expediente T-3.347.236. Mediante Resolución No. 00624 del 21 de junio de 2000, el accionante fue nombrado en provisionalidad en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) como Jefe de Centro, Grado 3, hasta que su nombramiento que fue declarado insubsistente por medio de Resolución No. 0340 del 26 de marzo de 2003.</p>

La Sala evidencia del anterior cuadro que la Corte Constitucional en ninguno de los casos estudiados en la mencionada sentencia de unificación, tiene similitud fáctica con la situación del señor **CARLOS**



194

ALBERTO ROMÁN RÚA, pues este ocupaba un cargo en periodo de prueba luego de haber superado todas las etapas de un concurso de méritos y haber logrado quedar en el primer lugar de elegibilidad; es decir, no corresponde a un provisional nombrado en un cargo de carrera, como se explicó en la sentencia de tutela que ahora reitera la Sección y que se hace extensiva al presente caso. En cambio, las tutelas revisadas por la citada Alta Corporación, siempre versaron sobre funcionarios vinculados al Estado en provisionalidad.

Por lo anterior, la Sala considera necesario **revocar** la sentencia impugnada y, en su lugar, **amparará el debido proceso** alegado por la parte demandante y, en consecuencia, dejará sin efectos la providencia judicial cuestionada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Corporación a la que se le ordenará que profiera una decisión de reemplazo, en donde no aplique los límites mínimos y máximos de los montos a reconocer determinados en la sentencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, sin perjuicio de los descuentos a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y, en su lugar, **amparar** el derecho fundamental al debido proceso del señor **CARLOS ALBERTO ROMÁN RÚA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, **ordenar** al Tribunal Administrativo de Antioquia, que en el término de 30 días, contados a partir de la notificación de esta providencia, proferir un nuevo fallo en el cual tenga en cuenta lo analizado por esta sentencia, en relación con la limitación de las sumas a reconocer como restablecimiento del derecho dentro del proceso ordinario estudiado, sin perjuicio de los descuentos a que haya lugar.

TERCERO: **Enviar** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria, de conformidad con

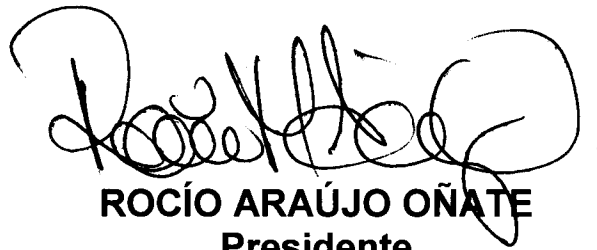


lo establecido por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

CUARTO: Reconocer personería jurídica al doctor GABRIEL ÁNGEL COLORADO BURITICA, de conformidad con el poder otorgado por la parte actora, visible a folio 174 del expediente.

QUINTO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



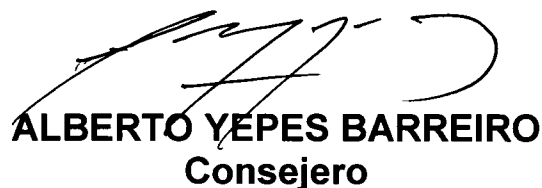
ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

