

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Núm. único de radicación: 11001 03 15 000 2019 05310 00

Actor: Arley Parra Gil

Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá

Temas: Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial/alcance

Defecto sustantivo por interpretación irrazonable de normas jurídicas/alcance

Derechos Fundamentales Invocados: i) Debido proceso, ii) igualdad y iii) acceso a la administración de justicia

Derechos Fundamentales Amparados: i) Debido proceso, ii) igualdad y iii) acceso a la administración de justicia

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor Arley Parra Gil contra el Tribunal Administrativo de Boyacá, porque, a su juicio, al proferir la sentencia de 10 de julio de 2019, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01, vulneró sus derechos fundamentales invocados supra.

La presente providencia tiene tres partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

1. El actor, obrando mediante apoderado, presentó solicitud de tutela contra el Tribunal Administrativo de Boyacá, porque, a su juicio, al proferir la sentencia de 10 de julio de 2019,

dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01, vulneró sus derechos fundamentales invocados supra.

#### Presupuestos fácticos

2. Los presupuestos fácticos en los cuales se fundamenta la acción de tutela, en síntesis son los siguientes:

3. Indicó que fue vinculado en la Registraduría Nacional del Estado Civil para ocupar el cargo en provisionalidad de Registrador Municipal núm. 4025-05 de Ciénega – Boyacá, en julio del año 2013, ante el señor Alcalde del Municipio de Ciénega – Boyacá, cuya vinculación ante la entidad se mantuvo mediante las Resoluciones núms. 355 de 2013, 255 de 2014, 006 de 2015, 200 de 2015 y 371 de 2015.

4. Expresó que la Registraduría Nacional del Estado Civil, le envió por correo electrónico el Oficio núm. 00690 de 5 de abril de 2016, por medio del cual se le informó que debía hacer entrega de su cargo a la señora María Elsi Parra Verdugo, quien se desempeñaba como Registradora del Municipio de Ramiriquí.

5. Afirmó que presentó petición ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 11 de abril de 2016, solicitando se expidiera un acto administrativo de continuidad en el cargo de provisionalidad que venía desempeñando, siendo contestado de manera negativa, el 21 de abril de 2016.

6. Señaló que presentó una acción de tutela, la cual fue decidida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Tunja, el 26 de abril de 2016, accediendo a sus pretensiones, en el sentido de ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando en la entidad.

7. Indicó que la Registraduría Nacional del Estado Civil, expidió la Resolución núm. 173 de 28 de abril de 2016, por medio del cual lo reintegró de manera provisional, sin embargo, el Tribunal Administrativo de Boyacá al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Tunja, decidió revocarlo, y en ese orden de ideas negar las pretensiones del amparo.

8. Expresó que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución núm. 274 de 31 de mayo de 2016, dando por terminado el nombramiento provisional.

9. Manifestó que la Registraduría Nacional del Estado Civil, expidió la Resolución núm. 312 de 9 de junio de 2016, por medio del cual nombró a la señora María Dolores Rodríguez Cruz por el periodo de 3 meses en el cargo en que venía desempeñándose en provisionalidad el actor.

10. El señor Arley Parra Gil presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el fin de que se declarara la nulidad de los i) oficios núms 00690 y 000728, 00834; la ii) Resolución núm. 274 y el iii) Oficio núm. 1213; y a título de restablecimiento del derecho se ordenara a la entidad demandada la reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, y el respectivo pago de los salarios y demás prestaciones sociales, dejados de percibir, desde la fecha de desvinculación hasta la fecha en que se produzca su reintegro.

Sentencia proferida el 25 de agosto de 2017 por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito

de Tunja dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01

11. La parte resolutive de la mencionada sentencia dispuso textualmente lo siguiente:

“[...] PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones denominadas “de la motivación del acto administrativo atacado pues este se funda en la normatividad y régimen especial aplicable a la Registraduría (sic) Nacional del Estado Civil; nombramiento provisional discrecional y de la no existencia ni configuración de desviación de poder” propuestas por la entidad accionada, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de:

-Oficio No. 00690 del 05 de abril de 2016 proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

-Oficio No. 00728 del 05 de abril de 2016 proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

-Oficio No. 00834 del 21 de abril de 2016 proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

-Oficio No. 01213 del 31 de mayo de 2016 proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de:

-Resolución No. 371 de 02 de octubre de 2015, suscrita por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Boyacá, por medio del cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante ARLEY PARRA GIL en el cargo de Registradora Municipal 4035 -05 de Ciénega – Boyacá, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

-Resolución No. 274 de 31 de mayo de 2016, suscrita por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en la Circunscripción Electoral de Boyacá, por medio de la cual se da por terminado el nombramiento provisional discrecional del demandante ARLEY PARRA GIL en el cargo de Registradora Municipal 4035 -05 de Ciénega – Boyacá, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del Derecho, se ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil que efectué (sic) el reintegro del demandante ARLEY PARRA GIL identificado con cédula de ciudadanía No. 9.535.783, al cargo que desempeñaba y/o a uno de igual o superior categoría.

El reintegro ordenado sólo será procedente cuando el cargo específicamente desempeñado por el actor no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso. El reintegro al cargo deberá hacerlo en provisionalidad sin solución de continuidad para todos los efectos legales y el mismo no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005.

QUINTO: CONDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil a pagar a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento

de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. La accionada solo podrá realizar los descuentos si demuestra de forma suficiente la vinculación laboral del demandante en el periodo que se ordena la indemnización [...]”.

12. Adujo que si bien es cierto el señor Arley Parra Gil, no gozaba de derechos de carrera al haber sido nombrado en provisionalidad, tenía derecho a que se le expusieran las razones que motivaron la expedición del acto administrativo por medio del cual se le terminaba dicho nombramiento.

13. En ese orden de ideas, expresó que los actos administrativos acusados estaban viciados de nulidad por falta de motivación, toda vez que el fundamento para haber retirado al actor de la entidad demandada, fue el vencimiento del término del nombramiento provisional, sin embargo dicho argumento, no se encuadra en alguna de las causales de retiro establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 23 de septiembre de 200.

Sentencia proferida el 10 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01

14. El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia de 10 de julio de 2019, dispuso:

“[...] PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Tunja el 25 de agosto de 2017 y en su lugar se dispone negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Arley Parra Gil en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil [...]”.

15. El Tribunal consideró que:

“[...] Todos los actos administrativos a través de los cuales se vinculó al señor Arley Parra Gil como Registrador Municipal de Ciénaga, fueron expedidos con fundamento en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, esto es bajo la figura del nombramiento provisional discrecional.

El último de los actos administrativos de nombramiento del aquí demandante, esto es, la Resolución No. 371 de 02 de octubre de 2015 que dispuso su vinculación a partir del 6 de octubre de 2015, fue expedido y comunicado al señor Arley Parra Gil, en los siguientes términos:

“(...) Artículo primero. Nombrar provisionalmente de manera discrecional a partir del seis (6) de octubre de 2015, al señor Arley Parra Gil, identificado con cédula de ciudadanía número 9.535.783, en el cargo de Registrador Municipal 4035-05 de Ciénaga – Boyacá de la Planta Global de la Delegación Departamental de Boyacá, con una asignación básica mensual de dos millones cuatrocientos sesenta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos (\$2.461.443.00).

Parágrafo: La duración de este nombramiento provisional será hasta por el término de seis (06) meses contados a partir de la fecha de posesión.

Artículo Segundo. La provisionalidad a la que se refiere el artículo anterior, finalizará al término del mismo sin que para ello se requiera acto administrativo ni comunicación alguna, en todo caso podrá darse por terminada en cualquier momento [...]”.

16. En ese orden de ideas, manifestó que en dicho acto administrativo se evidenció que el actor i) fue vinculado como Registrador municipal a partir del 6 de octubre de 2015, ii) señalándose además que la duración del nombramiento provisional sería hasta por el término de seis meses, contados a partir de la fecha de posesión, iii) adicionalmente se manifestó que la respectiva vinculación finalizaría al término de seis meses, sin que se requiriera acto administrativo alguno, y iv) la vinculación se efectuó por medio de nombramiento provisional discrecional en los términos del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 6 de agosto de 2009.

17. Manifestó que se encuentra acreditado que los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, por medio de Oficio del 5 de abril de 2016, reiterado el 21 de abril del mismo año, le comunicaron al actor que teniendo en cuenta lo señalado en la Resolución núm. 371 de 2015, el término de vinculación de seis meses, finalizaba el 5 de abril de 2016.

18. El Tribunal, expresó que:

“[...] Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, concluye la Sala que el nombramiento provisional discrecional, es una figura propia del sistema especial de carrera administrativa aplicable a los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que encuentra regulación concreta en lo dispuesto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, en donde se señalan las previsiones aplicables a efectos del ingreso y posterior retiro del servicio de quienes fueron vinculados a través de dicha figura, de tal manera que no es dable acudir al artículo 69 de dicha normatividad.

En efecto, el artículo 69 de la Ley 1350 de 2009 señala que “ En lo dispuesto por la presente ley, se aplicarán las normas previstas en la Ley General de Carrera”; como se observa, la referida norma posibilita la aplicación subsidiaria de la Ley 909 de 2004 que contiene el régimen general de carrera administrativa al sistema especial de carrera de la Registraduría, únicamente en aquellos eventos en los que la norma especial (Ley 1350) no contenga las previsiones específicas a aplicar y por tanto sea necesario acudir a la norma general (Ley 909) para suplir tales vacíos.

A juicio de la Sala tal supuesto no se configura en el presente caso, toda vez que como se ha indicado en precedencia, el nombramiento provisional discrecional encuentra regulación específica en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, en donde expresamente se prevé la forma de desvinculación del servicio del empleado. De acuerdo con dicha norma, el nombramiento será por el término de hasta seis (6) meses, los cuales son impostergables, condición que además, exige la norma, debe quedar consignada en el acto de vinculación del trabajador, de tal manera que al no existir vacío en este punto, no resulta procedente dar aplicación al artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que contiene las causales de retiro del servicio en el régimen general de carrera [...]”.

19. El Tribunal concluyó manifestando que contrario a lo afirmado por el a quo, no era procedente aplicar al caso sub examine, el artículo 41 de la Ley 909 y su Decreto Reglamentario 1227 de 21 de abril de 2009, toda vez que su situación legal se encontraba regulada en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350, norma jurídica especial, que indica de manera expresa la forma de retiro del servicio de quienes fueron vinculados por medio de nombramiento provisional. En ese orden de ideas, afirmó que:

“[...] Según ésta última norma, se insiste, una vez finalizado el término máximo de vinculación de 6 meses, por mandato legal, el empleado no podrá continuar en el ejercicio del cargo, razón que era conocida por el demandante desde el momento en que fue vinculado como Registrador

Municipal de Ciénega a través de la Resolución No. 371 de 2015, en donde expresamente se le indicó que el retiro del servicio se producía al vencimiento de los 6 meses contados a partir de la posesión, sin que fuera necesario la expedición de acto administrativo alguno [...]”.

La solicitud de tutela

Pretensiones

20. El actor solicitó en su escrito de tutela:

“[...] 1. Tutelar el Derecho Fundamental, AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA IGUALDAD, ACCESO EFECTIVO A LA ADIMISTRACIÓN (SIC) DE JUSTICIA, ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA, EQUIDAD, CLAUSULA (SIC) DE ESTADO DE DERECHO.

2. Solicito al Honorable Consejo de estado (sic), dejar sin efectos la Sentencia (sic) proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá por haber incurrido en vías de hecho al desconocer el Precedente (sic) Judicial (sic), la fuerza vinculante de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional y el Consejo de estado, en especial las relacionadas con la obligatoriedad de motivar los actos administrativos.

3. Confirmar la Sentencia (sic) de Primera (sic) Instancia (sic) emitida por el Juzgado Quince Administrativo Oral de (sic) del Circuito Judicial de Tunja en favor del señor ARLEY PARRA GIL [...]”.

21. El señor Arley Parra Gil en su escrito de tutela señaló que la autoridad judicial accionada incurrió en i) defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial y en ii) defecto sustantivo por interpretación irrazonable de normas jurídica.

Actuación

22. El Despacho sustanciador, mediante auto de 15 de enero de 2019, i) admitió la acción de tutela, ii) ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Boyacá y iii) vinculó al Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Tunja y al Registrador Nacional del Estado Civil, en calidad de terceros con interés legítimo, concediéndoles el término de dos (2) días para que rindieran informe sobre el particular.

Intervenciones de la parte accionada y de las partes vinculadas

23. El Tribunal Administrativo de Boyacá, señaló que:

“[...] La decisión aquí tomada y sometida al control de su Despacho, mediante la presente acción de tutela, fue adoptada con base en las normas aplicables al caso, y teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso.

6. En la sentencia proferida por la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, se indicó en primera medida que el nombramiento provisional discrecional, es una figura propia del sistema especial de carrera administrativa aplicable a los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que encuentra regulación concreta en lo dispuesto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, en donde se señalan las previsiones aplicables a efectos del ingreso y posterior retiro del servicio de quienes fueron vinculados a través de dicha

figura, razón por la cual no es procedente acudir al artículo 69 de dicha normatividad y por esa vía da aplicación a las normas generales de carrera administrativa contenidas en la ley 909 de 2004.

7. En tal sentido indicó que la Sala que en el presente asunto no resultaba dable dar aplicación al artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 a la situación particular del señor Arley Parra Gil, por cuanto su situación legal y reglamentaria se encontraba regulada en su integridad por las previsiones contenidas en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, norma especial que señala de manera específica, la forma de retiro del servicio de quienes fueron vinculados a través de nombramiento provisional discrecional.

8. Se señaló que conforme a ésta última norma, una vez finalizado el término máximo de vinculación de 6 meses, por mandato legal, el empleado no podrá continuar en el ejercicio del cargo, razón que era conocida por el demandante desde el momento en que fue vinculado como Registrador Municipal de Ciénega a través de la Resolución No. 371 de 2015, en donde expresamente se le indicó que el retiro del servicio se producía al vencimiento de los 6 meses contados a partir de la posesión, sin que fuera necesario la expedición de acto administrativo alguno [...]”.

23.1. Señaló que la posición jurídica adoptada por el Tribunal se fundamentó en la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que avaló la tesis de la aplicación preferente del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350, frente al parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909.

24. El Jefe Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil, indicó que el actor en el caso sub examine no demostró la configuración de algún defecto o causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, por lo que se evidenció, que lo pretendido era reabrir un debate jurídico en una tercera instancia lo cual es “[...] inadmisibles dentro del marco del debido proceso [...]”.

25. El Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Tunja guardó silencio, en esta oportunidad procesal.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Competencia de la Sala

26. Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1.º y 37 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política; el artículo 1.º del Decreto núm. 1983 de 30 de noviembre de 2017, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela; y, el Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019.

### Generalidades de la acción de tutela

27. La acción de tutela ha sido instituida como instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente indicados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

### Problemas Jurídicos

28. En el caso sub examine, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala consisten en: i) determinar si, en efecto, es procedente la acción de tutela acreditándose el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, y de ser así, ii) establecer si el Tribunal Administrativo de Boyacá, al proferir la sentencia de 10 de julio de 2019 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01, incurrió en i) **defecto sustantivo** por desconocimiento del precedente judicial y ii) en **defecto sustantivo** por interpretación irrazonable del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350, lo que trajo como consecuencia que no se ordenara el reintegro al actor en el cargo que venía desempeñando en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

29. Para resolver los anteriores problemas jurídicos esta Sala analizará los siguientes temas: i) procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales; ii) requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela cuando se dirige contra providencias judiciales; iii) análisis del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en el caso concreto; iv) el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial; v) el defecto sustantivo por interpretación irrazonable de normas jurídicas; vi) el derecho humano al debido proceso en el ámbito del derecho internacional vii) análisis del caso concreto; y finalmente las viii) conclusiones de la Sala.

Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales

30. Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bell, en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, en sentencia del 31 de julio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – sin importar la instancia y el órgano que las profiera - que resulten violatorias de derecho fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela cuando se dirige contra providencias judiciales

31. Esta Sección adoptó como parámetros a seguir los indicados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

32. Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela.

33. Además de estas exigencias, la Corte, en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial.



34. Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: i) orgánico; ii) procedimental absoluto; iii) fáctico; iv) material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; y viii) violación directa de la Constitución.

35. De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial: en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo término, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “dejar sin efecto o modular la decisión que encaje en dichos parámetros.

36. Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

37. El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2011.

Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

38. La Sala estudiará la procedencia de la acción de tutela bajo la premisa del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dispuestos por la sentencia C-590 de 2005, proferida por la Corte Constitucional.

39. En el caso bajo examen la Sala examinará si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad, así:

39.1. Es evidente que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, comoquiera que se controvierte la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

39.2. La Sala debe hacer énfasis, en que en el presente caso se cumple con el requisito de la relevancia constitucional dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, i) toda vez que se trata de la posible afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, y además, ii) la parte actora cumplió con la carga argumentativa mínima en dar las razones jurídicas por las cuales la autoridad judicial accionada incurrió en posibles defectos sustantivos.

39.3 Para la Sala exigirle a la parte actora una carga argumentativa mínima se justifica, toda vez que si bien es cierto la acción de tutela goza de la característica principal de la informalidad que se fundamenta en el mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, en el escenario del amparo contra providencias judiciales, cuando esta prospera se afecta el principio de la cosa juzgada, por lo que el juez constitucional sólo puede remover dicha cosa juzgada de una sentencia o auto, cuando se evidencia a través de la argumentación jurídica del actor, que realmente el operador judicial profirió una providencia arbitraria e irrazonable, que implicó la vulneración de derechos fundamentales.

39.4 Cumplió con el principio de inmediate.

39.5 No existen medios ordinarios y/o extraordinarios de defensa judicial eficaces y eficientes con los cuales la parte actora pueda lograr la protección de los derechos invocados.

39.6 Por no invocar la acción de tutela un defecto procedimental no es necesario hacer un análisis de este requisito;

39.7 El actor identificó los hechos y los derechos cuya vulneración alega; y

39.8 No se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela.

Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial

40. La Sala considera que es necesario señalar que en nuestro ordenamiento jurídico se han desarrollado en torno a las decisiones judiciales, entre otras, las siguientes figuras jurisprudenciales: la doctrina probable, el antecedente jurisprudencial, el precedente jurisprudencial, la sentencia de unificación y la extensión de la jurisprudencia.

41. Dichas figuras encuentran su fundamento legal en los artículos 4.º de la Ley 169 de 31 de diciembre de 189 y el 270 de la Ley 1437 de 18 de enero de 201; así como su respaldo jurisprudencial las sentencias C-836 de 200–; C-816 de 201–; C-179 de 201–; y T-102 de 201.

42. En relación con esta causal, la Corte Constitucional ha desarrollado, ampliamente, el concepto del precedente judicial, señalando que es el “[...] conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia [...]”, que busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

43. Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional, según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).

44. Sin embargo, la misma Corte ha precisado que, salvo en materia constitucional, cuya doctrina es obligatoria, la regla del respeto del precedente no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse, o convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta.

45. Lo anterior se traduce en el reconocimiento de un conjunto de supuestos en los cuales resulta legítimo apartarse del precedente judicial vigente, desarrollados jurisprudencialmente y recogidos en pronunciamientos anteriores de la Sala, a saber: i) la disanalogía o falta de semejanza estricta entre el caso que origina el precedente y el que se resuelve con posterioridad; ii) una transformación significativa de la situación social, política o económica en la que se debe aplicar la regla definida con anterioridad con fuerza de precedente; iii) un cambio en el orden

constitucional o legal que sirvió de base a la toma de las decisiones adoptadas como precedentes;  
iv) la falta de claridad o consistencia en la jurisprudencia que debe ser tomada como referente, y,  
v) la consideración que esa jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

46. En efecto, la Sal ha reconocido que, “en los eventos referidos, el juez que se separa del precedente asume una especial carga de argumentación, en virtud de la cual debe exponer, de manera clara, razonada y completa, **las razones en las que fundamenta el cambio de posición jurisprudencia**”, para lo cual resulta obligatorio referirse a este –al precedente–, analizarlo respecto del caso concreto y fundamentar con suficiencia los motivos y las normas en que se sustenta la decisión de apartarse.

47. Por último, debe hacerse énfasis, en que la labor judicial que llevan a cabo los órganos de cierre como lo son: la i) Corte Constitucional, ii) el Consejo de Estado y iii) la Corte Suprema de Justicia, cuando establecen o fijan el alcance de una disposición normativa, **crean reglas y sub reglas jurisprudenciales**, que deben ser tenidas en cuenta por todos los jueces, cuando: a) se evidencie que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente y b) que la ratio decidendi resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso.

Defecto sustantivo por interpretación irrazonable de una norma jurídica

48. La Corte Constitucional ha identificado los eventos en que se configura una vía de hecho por defecto sustantivo:

“[...] En sentido amplio se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica.

En estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos:

El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente o porque ha sido derogada, es inexistente, inexecutable o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislado.

No se hace una interpretación razonable de la norma.

Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes.

La disposición aplicada es regresiva o contraria a la Constitución.

El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición.

La Decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma.

Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente[...].”

49. Como se puede evidenciar uno de los defectos sustantivos en que puede incurrir un juez es la interpretación irrazonable de la norma jurídica aplicable al caso concreto que se realiza de manera arbitraria vulnerando los postulados constitucionales y por consiguiente los derechos

fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

50. Frente al alcance de la interpretación irrazonable de las normas jurídicas la Corte Constitucional ha dicho:

“[...] Sobre la última hipótesis, relativa a la interpretación irrazonable de las disposiciones jurídicas, la Corte ha dicho que se trata de la causal de procedencia de la tutela por defecto sustantivo más restringida. Esto tiene que ver con que la interpretación de la ley sea un campo en el que se manifiestan con especial intensidad los principios de independencia y autonomía judicial que, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, protegen a los jueces de injerencias indebidas en su labor de resolver las controversias jurídicas que se sometan a su conocimiento a partir de la interpretación que estimen más ajustada al ordenamiento jurídico y a los criterios auxiliares de la actividad judicial: la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho

La preeminencia de esos principios de autonomía e independencia judicial cobra sentido ante la complejidad propia del proceso de aplicación del derecho. Dado que tal actividad exige la participación activa de la autoridad judicial en la interpretación del ordenamiento jurídico, es lógico que existan diversas posiciones sobre la norma jurídica aplicable a determinada situación de hecho y sobre las consecuencias que se derivan de ella

La independencia y la autonomía que se reconoce a los jueces a la hora de interpretar la legalidad infraconstitucional no son, sin embargo, absoluta. El carácter normativo de la Constitución (artículo 4° C.P.), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2° C.P.), la primacía de los derechos humanos (artículo 5° C.P.), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.) y la garantía de acceso a la administración de justicia (artículo 228 C.P.) exigen que todos los poderes y autoridades públicas adopten decisiones acordes a los cánones superiores y justifican, además, la intervención del juez constitucional, cuando los preceptos de la norma superior sean amenazados o menoscabados por cuenta de una interpretación judicial abiertamente irrazonable.

17. El hecho de que las autoridades judiciales estén sometidas a las restricciones derivadas del diseño constitucional adoptado por la Carta de 1991 supone, entonces, que su labor interpretativa encuentre como límite infranqueable el principio de legalidad, entendido en su acepción amplia, es decir, como un precepto que alude a la totalidad de las fuentes del derecho, en cuya cúspide se encuentra la Constitución como norma superior que aspira a otorgarle unidad y coherencia al ordenamiento jurídico

Bajo tales supuestos, esta Corporación ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable en al menos dos circunstancias: i) cuando le otorga a una disposición jurídica un sentido y alcance que no tiene, es decir, que la interpreta de forma contraevidente, o ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados.

18. La interpretación contraevidente como causa generadora del defecto sustantivo por interpretación irrazonable se presenta cuando el juez deriva interpretativamente una norma jurídica que no se desprende del marco normativo que ofrece la disposición aplicable al caso, en contravía del principio de legalidad. Sin embargo, el defecto sustantivo no se presenta ante

cualquier discrepancia dogmática respecto de la opción interpretativa acogida por la autoridad judicial, sino, solamente, cuando la misma es manifiestamente irracional, sin sentido, consecuencia de una desviación notoria del derecho. En palabras de la Corte, las fallas originadas en el proceso hermenéutico “han de ser protuberantes para que sea factible predicar que a la ley se le ha otorgado un sentido contraevidente”[...]

El derecho humano al debido proceso en el ámbito del derecho internacional

51. En el ámbito internacional se encuentran tratados los cuales tienen por objeto garantizar la protección de los derechos humanos y que se constituyen como un criterio hermenéutico relevante para interpretar las disposiciones normativas de la Constitución Política de 1991.

52. Lo anterior, tiene como fundamento lo expuesto en el artículo 9 y 93 de la Constitución política de 1991, que disponen lo siguiente:

[...] **Artículo 9.** Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia [...].

[...]

“[...] **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno [...].”

53. En ese orden de ideas encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los cuales han sido ratificados por Colombia, y que constituyen instrumentos que hacen parte de la denominada Carta Constitucional Internacional de los Derechos Humanos, en donde en sus disposiciones normativas se encuentra el derecho humano al debido proceso.

54. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 dispone:

“[...] **Artículo 8. Garantías Judiciales**

**1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**

**2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:**

**a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;**

**b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;**

**c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;**

**d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;**

**e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;**

**f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;**

**g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y**

**h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.**

**3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.**

**4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.**

**5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia [...]”.**

55. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 9 y 15, disponen lo siguiente:

**“[...] 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.**

**2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.**

**3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y**

**tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.**

**4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.**

**5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación [...]”.**

[...]

**“[...] 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.**

**2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional [...]”.**

Análisis del caso en concreto

56. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

57. La Sala procederá a apreciar y valorar las pruebas aportadas por las partes, de conformidad con las reglas de la sana crítica y en los términos del artículo 176 del Código General del Proceso, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con los problemas jurídicos planteados por la parte actora en su respectivo escrito de tutela.

Acervo y análisis

58. Dentro del expediente que contiene la acción de tutela se encuentran los siguientes documentos:

58.1. Copia de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2017 por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Tunja.

58.2. Copia de la sentencia proferida el 10 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Solución del caso concreto

**Análisis del presunto defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial**

59. Para la aplicación del precedente judicial al caso concreto es necesario verificar la

procedencia de los siguientes criterios: i) que en la ratio decidendi de las sentencias anteriores se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y, iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriorment.

60. La parte actora en su escrito de tutela señaló que la autoridad judicial accionada, se apartó de los precedentes judiciales sentados por la Corte Constitucional y la Subsección A Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias i) SU-917 de 2010 y ii) 23 de octubre de 2012, respectivamente.

61. En ese orden de ideas, la Sala debe efectuar el respectivo análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para concluir si la autoridad judicial accionada al resolver el caso concreto desconoció dichos precedentes judiciales. Para tales efectos, se analizarán los problemas jurídicos y los respectivos argumentos jurídicos abordados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en dichas providencias judiciales.

### **Sentencia de 16 de noviembre de 201**

62. La Corte Constitucional en primer lugar hace énfasis en que los casos que va a resolver a través de esta sentencia de unificación, se refiere a funcionarios que desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, y un caso de un funcionario que se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-.

63. Los problemas jurídicos que tenía que resolver la Corte fueron los siguientes:

**“[...] (i) ¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?**

**(ii) ¿Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho?**

**(iii) ¿Es procedente la acción de tutela dirigida directamente contra la entidad pública que desvincula a un empleado nombrado en provisionalidad sin que el acto de retiro haya sido motivado? [...]”.**

64. La Corte Constitucional reitera su jurisprudencia al establecer el deber que tiene la Administración de motivar los actos administrativos que se constituye como una garantía constitucional del derecho fundamental al debido proceso y de respeto de la cláusula del Estado de Derecho.

65. Expresó que:

**“[...] En tercer lugar, 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. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas**



por vía legal o constitucional, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores.

En concordancia con ello, 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. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos acto.

- 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 tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún 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 [...].”

66. Indicó que cuando una autoridad judicial sostiene la tesis de que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos que se encuentran vinculados en cargos de provisionalidad y con fundamento en ello se abstiene de anular tales actos, da lugar a que se configure el desconocimiento del precedente constitucional como una causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, por no respetar la ratio decidendi, que ha sido sólida, reiterada y uniforme, que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Constitución.

67. En esta sentencia, la Corte al resolver unos de los casos dijo:

“[...] Atendiendo las pruebas obrantes en el proceso y según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Isabel Linero Gómez por parte de la entidad accionada, en razón a la falta de motivación del acto que la declaró insubsistente, toda vez que, como quedó suficientemente explicado en las consideraciones de la presente providencia, le asiste el derecho de saber de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión: (i) como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; (ii) el deber general de motivar los actos administrativos; (iii) la posibilidad que le asiste a los administrados de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejercen un cargo en provisionalidad; (iv) el derecho que le asiste a quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad de motivar el acto de insubsistencia, como garantía mínima del derecho fundamental al debido proceso y del control de la arbitrariedad de la administración, a diferencia de quienes ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para los cuales tiene cabida la

**excepción de la motivación del acto de retiro [...]”.** (Resaltado por la Sala).

### **Sentencia de 23 de octubre de 201**

68. El Consejo de Estado tenía que resolver el problema jurídico

, consistente en determinar si las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los actores al no haber declarado en sus providencias la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales sus nombramientos fueron declarados insubsistentes, al considerar que los mismos no requerían para su expedición, motivación alguna.

68.1. Consideró que:

“[...] La Sección Segunda ha prolijado de tiempo atrás el criterio tendiente a que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 y de su decreto reglamentario, 1227 de 2005, es necesaria la motivación del acto administrativo que declare la insubsistencia de un provisiona

En efecto, la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley.

Frente el **contenido de la motivación** correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto [...]”.

68.2 Señaló que el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió no acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho al establecer que la motivación del acto de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad sólo era exigible a partir de la expedición del Decreto 1225 (sic) de 2005, reglamentario de la Ley 909.

68.3. Manifestó que dicho argumento jurídico no puede tomarse como válido, toda vez que como ya se indicó, la obligación de motivar los actos administrativos de insubsistencia de provisionales surgió con la vigencia de la Ley 909, la cual estableció en su artículo 41, el deber de motivar los actos de retiro de quienes estén desempeñando empleos de carrera administrativa, sin que en la misma se hiciera algún tipo de diferenciación sobre el tipo de nombramiento efectuado en el mismo, “[...] es decir, se aplicó a la generalidad [...]”.

68.4. La Subsección A Sección Segunda del Consejo de Estado, al resolver los casos concretos, expresó que:

**“[...] Al evidenciarse entonces que la motivación del acto de insubsistencia de los empleados provisionales debe darse con posterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, la Sala procederá a revisar los casos particulares de los petentes, a fin de determinar si les asiste el amparo constitucional.**

**Para el caso de la señora Matilde Rosenstiehl Gómez, se tiene que esta fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, grado 550-01 en la Institución Educativa Darío Torregroza, mediante Decreto 023 de 19 de noviembre de 2003, y desvinculada del mismo mediante Decreto 003 de 4 de febrero de 2004 (Fl.45).**

**Mediante Decreto 002 de 22 de julio de 2003, la señora Esther María Suárez Puche fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, grado 550-01 en la Institución Educativa Liceo Moderno del Sur, y desvinculada del mismo mediante Decreto 003 de 6 de febrero de 2004 (Fl.45).**

**Por Decreto 004 de 1º de diciembre de 2003, la señora Nayit María Torregroza Bolaño fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, grado 550-01 en la Institución Educativa Liceo Moderno del Sur, y desvinculada del mismo mediante Decreto 001 de 13 de febrero de 2004 (Fl.45).**

**En lo que corresponde con el señor Cesar Cabas Castro, se evidencia que este fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Celador, grado 615-01 en la Institución Municipal de Bachillerato, a través de Decreto 019 de 19 de noviembre de 2003, y desvinculado del mismo por Decreto 004 de 9 de febrero de 2004 (Fl.45).**

**Por su parte, mediante Decreto 019 de 19 de noviembre de 2003, la señora Libeth Patricia García Melo fue nombrada en provisionalidad como Docente Nacional en la Institución Educativa Manuel J. del Castillo, Sede 10 Varones, y desvinculada del mismo mediante Decreto 077 de 17 de diciembre de 2004 (Fl.45).**

**Mediante Decreto 001 de 1º de diciembre de 2003, la señora Diana Campo Gómez fue nombrada en provisionalidad como Docente Nacional grado 04 del Escalafón Docente Nacional, en la Institución Educativa Liceo Moderno del Sur, y desvinculada del mismo mediante Decreto 034 de 17 de diciembre de 2004 (Fl.46).**

**Finalmente, por Decreto 005 de 19 de noviembre de 2003, la señora Beatriz Elena Cabrera Martínez fue nombrada en provisionalidad como Docente grado 08 del Escalafón Docente Nacional, en la Institución Educativa Darío Torregroza Pérez, y desvinculada del mismo mediante Decreto 031 de 17 de diciembre de 2004 (Fl.46).**

**Se tiene entonces que a las señoras Libeth Patricia García Melo, Diana Campo Gómez y Beatriz Elena Cabrera Martínez, les asiste la protección tutelar, teniendo en cuenta que los actos que declararon su insubsistencia se profirieron estando en vigencia la Ley 909 de 2004 [...]”.** (Resaltado por la Sala).

69. Ahora bien, la Corte Constitucional frente al tema en cuestión al resolver dos casos análogo al presente consideró que:

“[...] Luego, en la sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativos con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático la cláusula del Estado de Derecho el debido proces y el principio de publicidad En la citada providencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló con relación al contenido de la motivación lo siguiente:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los

términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

**Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.**

Posteriormente, en la sentencia SU-691 de 2011 la Sala Plena de esta Corporación al conocer varios procesos de tutela interpuestos por funcionarios provisionales que ocupaban cargos de carrera en el SENA y la Fiscalía General de la nación, y que fueron desvinculados sin la debida motivación del acto administrativo, reiteró las reglas fijadas en la sentencia SU- 917 de 2010, así como las órdenes adoptadas en la misma.

**4.4. Con fundamento en lo expuesto, la Sala Primera de Revisión reitera la jurisprudencia constitucional en el sentido de considerar que los funcionarios nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, razón por la cual aunque pueden ser desvinculados del cargo, el acto administrativo por medio del cual se adopte tal decisión, debe ser motivado por la autoridad nominadora, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales y poder controvertir las razones y acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en el evento de estar en desacuerdo con la motivación del mismo. Y, Habiendo dado el retiro de servidores en provisionalidad sin la motivación del acto cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada [...]”.**(Resaltado por la Sala).

70. La Corte Constitucional al resolver los casos puestos a su consideración, señaló que a las actoras se le había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y la mínimo vital, toda vez que al momento de ser desvinculadas del cargo para el cual habían sido nombradas en provisionalidad, no se motivó el acto administrativo de desvinculación de manera clara, precisa y detallada. En ese orden de ideas, al resolver los casos concretos, expresó que:

“[...] De la información suministrada por la autoridad accionada, la Sala encuentra que con fundamento en el literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, los Delegados Departamentales de Córdoba nombraron a la señora Barrios en provisionalidad en el cargo de Registradora Municipal 4035-05 por el término de tres (3) meses conforme se extrae de la Resolución No. 235 de dos mil doce (2012). En este orden de ideas, y siguiendo la ratio de la sentencia C-553 de 2010 para la desvinculación de la actora, que desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, que no iba a ser ocupado por una persona que hubiese presentado concurso, porque este no se había llevado a cabo, debió expedirse un acto administrativo motivado.

5.1.5. En esta medida, la actuación desplegada por la autoridad accionada vulneró el derecho

fundamental al debido proceso de la peticionaria, en tanto la señora Barrios al ocupar un cargo de carrera en provisionalidad tenía derecho a que en el acto administrativo de desvinculación se plasmaran las razones por las cuales se había adoptado tal determinación. Pues, si bien la Registraduría tiene la potestad en virtud del literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de dos mil nueve (2009), de realizar nombramientos provisionales, ello no la exime de la obligación de motivar el acto de desvinculación, con mayor razón al tratarse de una vinculación que se había realizado por especiales razones del servicio, como lo invocó la autoridad accionada en el acto de nombramiento. Teniendo en cuenta, además, que la accionante era funcionaria en provisionalidad o como supernumeraria en distintos cargos en la Registraduría desde el año dos mil siete (2007) [...]”.

[...]

“[...] Expediente T-4157105. Los Delegados Departamentales de Córdoba de la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital de María Eugenia Rivas, al desvincularla del cargo para el cual había sido nombrada en provisionalidad, en tanto no se motivó el acto administrativo de desvinculación de manera clara, precisa y detallada [...]”.

[...]

“[...] En efecto, en el expediente obra copia del acto administrativo correspondiente y en este simplemente se indica que su nombramiento se efectúa “(...) mientras dure la suspensión del titular del cargo”. Así se anotó expresamente en el artículo primero parágrafo de la Resolución 229 del dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012) “por la cual se efectúa un nombramiento provisional”. Sin embargo, a partir del catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), mediante Resolución No. 015 “por la cual se dan por terminadas unas provisionalidades” se ordenó la desvinculación de la señora María Eugenia Rivas, del cargo de registradora municipal de Planeta Rica Córdoba, sin anotarse en el acto las razones por las cuales se da por terminada dicha provisionalidad, simplemente se estableció que las personas desvinculadas habían sido designadas por noventa (90) días a partir del dieciséis (16) de octubre de dos mil doce (2012), lo que no resulta cierto, puesto que como ya se anotó en la Resolución No. 229 de dos mil doce (2012), se estableció que la duración del nombramiento provisional de la señora Rivas sería mientras durara la suspensión provisional de la titular del cargo. Y en efecto, la suspensión de quien ejercía el cargo, Edna Margarita Callejas, se prorrogó por tres (3) meses, conforme se estableció en el Auto de enero de dos mil trece (2013) dictado por la Oficina de Control Disciplinario de esa delegación

5.2.3. En esta medida, la actuación desplegada por la autoridad accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la peticionaria. Pues, si bien la Registraduría tiene la potestad de realizar nombramientos provisionales, ello no la exime de la obligación de motivar en forma clara y precisa el acto de desvinculación. En esta ocasión se designó a Aura Rosana Jaramillo para desempeñar las funciones de Registradora Municipal por esos tres (3) meses más de la suspensión provisional de su titular. Ello ocurrió mediante la Resolución No. 020 del dieciocho (18) de enero de dos mil trece (2013).

5.2.4. Conforme a las particularidades del caso, la Sala encuentra que no se reúnen a cabalidad las exigencias contenidas en la jurisprudencia constitucional respecto de la motivación del acto administrativo de desvinculación de un funcionario público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, pues en este asunto los Delegados Departamentales de Córdoba se limitaron a

señalar en el acto de desvinculación que el nombramiento de la actora se había realizado por noventa (90) días, y que cumplido este término se procedía a desvincularla, sin embargo, como ya se anotó en la Resolución No. 229 de dos mil doce (2012), se hizo constatar que la duración de ese nombramiento provisional se realizó mientras durara la suspensión del cargo, y tal suspensión se prorrogó por tres (3) meses más, es decir, que la causa por la cual se le desvinculaba del servicio no quedó adecuadamente soportada ni explicada [...]”.

71. De igual manera, la Sala considera relevante para efectos de resolver la controversia jurídica puesta a su consideración, efectuar el respectivo análisis de la sentencia SU-054 de 201 proferida por la Corte Constitucional.

### **Sentencia SU-054 de 2015**

72. La Corte Constitucional en el presente cas

resolvió el siguiente problema jurídico:

“[...] En los casos bajo estudio, corresponde establecer si los fallos objeto de revisión desconocen el precedente fijado por la Corte Constitucional, relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados públicos, que ocupen cargos de carrera en provisionalidad, y si, por lo tanto, los mismos están inmersos en algunas de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, al desconocer los derechos fundamentales de los actores al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral [...]”.

73. Apoyándose en la sentencia SU-917 de 2010, adujo el deber que tiene la administración de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de funcionarios, que ocupan cargo de carrera en provisionalidad.

74. En ese orden de ideas señaló que:

“[...] Concluye la sentencia citada que, siempre el nominador tiene el deber de motivar el acto por medio del cual retira del cargo a su funcionario, haciendo hincapié en que tal deber es inexcusable, y las causas que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia deben corresponder a las del caso concreto y particular.

5.20. Sobre el contenido de la motivación, la misma sentencia ha sido clara en recalcar que el acto debe cumplir un mínimo de exigencias respecto de su contenido material, deben constar en él las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide prescindir de los servicios de un determinado funcionario, sin que se admitan razones indefinidas, generales y abstractas:

#### **“b.- Contenido de la motivación**

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de

motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de 'razón suficiente' en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, 'la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una - inexistente- facultad discrecional, o la simple 'cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinaria. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador

toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen 'explícitas' en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos".

5.21. Conforme con lo anterior, es indispensable que el acto administrativo por medio del cual se va a retirar del servicio a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, esté motivado, para que se le garantice de manera efectiva la estabilidad laboral relativa a la que tiene derecho, dado que su situación no es asimilable a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues el primero, fue nombrado para satisfacer la necesidad del servicio y no por la existencia de una relación de confianza para desempeñar funciones de dirección y manejo.

5.22. De la misma forma, el deber de motivación impone la carga de que la misma sea clara, exponga de manera cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho en las cuales se fundamenta la decisión de prescindir del funcionario, sin que se admitan justificaciones genéricas [...].

75. La Corte Constitucional, concluyó manifestando que cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se lleve a cabo la respectiva motivación del acto administrativo, se vulneran los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos fundamentales a la estabilidad laboral relativa y al debido proceso.

76. Para la Sala, la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, toda vez que al resolver el caso sub examine, desconoció la **regla jurisprudencial** contenida en las sentencias **SU- 917 de 2010, T-221 de 2014 y SU-054 de 2015**, consistente en el deber que tiene la administración de **motivar los actos administrativos** por medio del cual se declara insubsistente a un funcionario que haya ocupado un cargo en provisionalidad.

77. En ese orden de ideas, la Sala observa que el Tribunal Administrativo de Boyacá en el caso sub examine, y con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente, evidenció que la Registraduría Nacional del Estado Civil, expidió la Resolución núm. 371 de 2 de octubre de 2015, por medio del cual se dispuso la vinculación del señor Arley Para Gil a partir del 6 de octubre de 2015, indicándole que i) la duración del nombramiento en provisionalidad duraría por el término de seis meses contados a partir de la fecha de posesión, en donde además, ii) se le advirtió que la vinculación terminaría al término de 6 meses,. En ese orden de ideas, la autoridad judicial accionada al resolver el caso concreto, consideró que:

"[...] Todos los actos administrativos a través de los cuales se vinculó al señor Arley Parra Gil como Registrador Municipal de Ciénaga, fueron expedidos con fundamento en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, esto es bajo la figura del nombramiento provisional discrecional.

El último de los actos administrativos de nombramiento del aquí demandante, esto es, la Resolución No. 371 de 02 de octubre de 2015 que dispuso su vinculación a partir del 6 de octubre de 2015, fue expedido y comunicado al señor Arley Parra Gil, en los siguientes términos:

**"(...) Artículo primero. Nombrar provisionalmente de manera discrecional a partir del seis (6) de octubre de 2015, al señor Arley Parra Gil, identificado con cédula de ciudadanía número 9.535.783, en el cargo de Registrador Municipal 4035-05 de Ciénaga – Boyacá de la**



**Planta Global de la Delegación Departamental de Boyacá, con una asignación básica mensual de dos millones cuatrocientos sesenta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos (\$2.461.443.00).**

**Parágrafo: La duración de este nombramiento provisional será hasta por el término de seis (06) meses contados a partir de la fecha de posesión.**

**Artículo Segundo. La provisionalidad a la que se refiere el artículo anterior, finalizará al término del mismo sin que para ello se requiera acto administrativo ni comunicación alguna, en todo caso podrá darse por terminada en cualquier momento (...).**

**De acuerdo con el anterior acto administrativo, se advierte que el aquí demandante i) fue vinculado como Registrador municipal desde el 6 de octubre de 2015, ii) indicándole que la duración del nombramiento provisional sería hasta por el término de seis (06) meses contados a partir de la fecha de posesión, iii) adicionalmente expresamente se advirtió que la vinculación finalizaría al término de 6 meses, sin que se requiera acto administrativo alguno y iv) la vinculación se dio a través de nombramiento provisional discrecional previsto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009.**

**Finalmente, se encuentra acreditado que los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil mediante oficios del 05 de abril de 2016, reiterado el 21 de abril siguiente comunicaron al señor Arley Parra Gil que en atención a lo señalado en la Resolución No. 371 de 2015, el término de vinculación de seis (6) meses finalizaba el 5 de abril de 2016, razón por la cual debía proceder a entregar del inventario de la oficina asignada [...]”.** (Resaltado por la Sala).

78. En ese orden de ideas, la Sala evidencia que el Tribunal Administrativo de Boyacá, vulneró los derechos fundamentales invocados supra, toda vez que si bien es cierto en el acto administrativo de desvinculación se establecieron razones por las cuales se le daba por terminado el nombramiento en provisionalidad a sostenerse que i) la duración del nombramiento en provisionalidad duraría por el término de seis meses contados a partir de la fecha de posesión, y de que además, ii) se le advirtió que la vinculación terminaría al término de 6 meses, dichos motivos no eran **razón suficiente** para desvincular al señor Arley Parra Gil en el cargo que venía desempeñando al interior de la entidad, máxime cuando llevaba vinculado con la entidad varios años en periodos de vinculación de máximo 3 y 6 mese, por lo que en el caso sub examine, al actor se le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.

#### **Análisis del presunto defecto por defecto sustantivo por interpretación irrazonable del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009**

79. El actor indicó en su escrito de tutela lo siguiente:

“[...] La lectura y análisis que hace el Tribunal del literal C del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, es incompleta, pues si bien es cierto, este habla que el nombramiento provisional que se podrá hacer por seis (6) meses como en efecto se le venía haciendo al señor Arley parra (sic) Gil durante más de 36 meses, no es menos cierto que este mismo artículo dice que “En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente” y al NO abrir la Registraduría el concurso para proveer el cargo de manera definitiva, la situación administrativa que dio origen al nombramiento del señor Parra Gil persiste, por tal circunstancia el cumplimiento del tiempo plasmado en el acto de nombramiento

no es suficiente para dar por terminada la PROVISIONALIDAD, pues precisamente la Ley 1350 de 2009, fija el parámetro máximo de los 6 meses para que durante este tiempo la Registraduría realice el respectivo concurso para proveer el cargo de manera definitiva, caso en el cual si puede hacer el retiro del funcionario nombrado en PROVISIONALIDAD [...]”.

80. La norma jurídica en cuestión establece:

“[...] **La provisión de los empleos en la Registraduría Nacional del Estado Civil** podrá realizarse mediante las siguientes clases de nombramiento: [...]”.

[...]

“[...] c) Nombramiento provisional discrecional: Esta clase de nombramiento es excepcional y solo procederá por especiales razones del servicio. **El término de la provisionalidad se podrá hacer hasta por seis (6) meses improrrogables; deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento. En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente; [...]**” (Resaltado por la Sala).

81. La autoridad judicial accionada al resolver el caso concreto, indicó que:

“[...] **Todos los actos administrativos a través de los cuales se vinculó al señor Arley Parra Gil como Registrador Municipal de Ciénaga, fueron expedidos con fundamento en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, esto es bajo la figura del nombramiento provisional discrecional.**

El último de los actos administrativos de nombramiento del aquí demandante, esto es, la Resolución No. 371 de 02 de octubre de 2015 que dispuso su vinculación a partir del 6 de octubre de 2015, fue expedido y comunicado al señor Arley Parra Gil, en los siguientes términos:

“(...) Artículo primero. Nombrar provisionalmente de manera discrecional a partir del seis (6) de octubre de 2015, al señor Arley Parra Gil, identificado con cédula de ciudadanía número 9.535.783, en el cargo de Registrador Municipal 4035-05 de Ciénaga – Boyacá de la Planta Global de la Delegación Departamental de Boyacá, con una asignación básica mensual de dos millones cuatrocientos sesenta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos (\$2.461.443.00).

Parágrafo: La duración de este nombramiento provisional será hasta por el término de seis (06) meses contados a partir de la fecha de posesión.

Artículo Segundo. La provisionalidad a la que se refiere el artículo anterior, finalizará al término del mismo sin que para ello se requiera acto administrativo ni comunicación alguna, en todo caso podrá darse por terminada en cualquier momento (...).”.

**De acuerdo con el anterior acto administrativo, se advierte que el aquí demandante i) fue vinculado como Registrador municipal desde el 6 de octubre de 2015, ii) indicándose que la duración del nombramiento provisional sería hasta por el término de seis (06) meses contados a partir de la fecha de posesión, iii) adicionalmente expresamente se advirtió que la vinculación finalizaría al término de 6 meses, sin que se requiera acto administrativo alguno y iv) la vinculación se dio a través de nombramiento provisional discrecional previsto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009 [...]**” (Resaltado por la Sala).

82. Expresó que con fundamento en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, al interior de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se determinó una forma de vinculación

especial con nombramiento en provisionalidad, la cual se caracteriza por ser i) discrecional para los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, es ii) excepcional en donde es procedente solo en especiales razones del servicio, iii) la respectiva vinculación será por un término de seis meses, improrrogables y iv) dicho término deberá constar expresamente en el acto administrativo de nombramiento.

83. En ese orden de ideas, para la Sala, la autoridad judicial accionada, no incurrió en una interpretación irrazonable del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, toda vez que al resolver el caso concreto, aplicó correctamente los enunciados contenidos de dicha norma jurídica, en donde se i) estableció expresamente la regla de que el retiro del respectivo servicio se producía al vencimiento de los 6 meses contados a partir de la posesión, sin que fuera necesario la expedición de acto administrativo alguno, y ii) respecto al enunciado normativo “[...] **En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente; [...]**”, la Sala debe indicar que si bien es cierto, la autoridad judicial accionada no la mencionó al momento de resolver el caso sub examine, el sentido de la decisión no hubiera sido diferente, toda vez que este último enunciado dispuso una **obligación de hacer** con el fin de que se abriera el concurso para proveer el empleo definitivamente, en donde se debe hacer énfasis en que es **un supuesto de hecho** totalmente diferente a lo establecido en el presente caso, donde el Tribunal al interpretar de manera razonable y correcta la norma jurídica en su integridad, concluyó que:

**“[...] Según ésta última norma, se insiste, una vez finalizado el término máximo de vinculación de 6 meses, por mandato legal, el empleado no podrá continuar en el ejercicio del cargo, razón que era conocida por el demandante desde el momento en que fue vinculado como Registrador Municipal de Ciénega a través de la Resolución No. 371 de 2015, en donde expresamente se le indicó que el retiro del servicio se producía al vencimiento de los 6 meses contados a partir de la posesión, sin que fuera necesario la expedición de acto administrativo alguno [...]”.** (Resaltado por la Sala).

84. Se debe recordar que con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para efectos de que se configure el defecto en cuestión, se debe acreditar en el caso concreto que la interpretación que se hace de una norma jurídica sea grosera y arbitraria que traiga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, situación que no aconteció en el presente caso, teniendo en cuenta que el ejercicio hermenéutico de interpretación del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, se realizó de manera razonable.

85. Además, **la Corte ha dicho que se trata** de una de las causales más restringidas, dado que la interpretación de la ley es **un escenario en el que se evidencian con especial intensidad los principios de independencia y autonomía judicial que dentro del marco del Estado Social de Derecho se busca proteger al operador judicial de injerencias indebidas en su rol de resolver las controversias jurídicas que se sometan a su conocimiento a partir de la interpretación que estimen más ajustada al ordenamiento jurídico.**

86. En ese orden de ideas, la Sala i) **concederá el amparo de los derechos fundamentales del actor citados supra, por encontrarse configurado el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial;**

ii) se dejará sin efectos la sentencia proferida el 10 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01 y,

iii) se ordenará a dicho Tribunal que en el término de 40 días, contado a partir de la notificación de esta sentencia profiera la providencia de reemplazo, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

#### Conclusiones de la Sala

87. En suma, para la Sala, el Tribunal Administrativo de Boyacá incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, toda vez que al proferir sentencia de 10 de julio de 2019 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01, trajo como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia de la parte actora.

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

#### III. RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia invocados por el señor Arley Parra Gil, los cuales fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 10 de julio de 2019, por la citada Corporación, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 15001-33-33-015-2016-00304-01, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Boyacá que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta sentencia, profiera la providencia de reemplazo con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley núm. 2591 de 1991, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidenta

Consejero de Estado

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado



Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



**MINTIC**