



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN VIRTUAL No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO
DEMANDADO:	REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL
REFERENCIA:	150013333015201600329-02
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	TERMINACIÓN NOMBRAMIENTO PROVISIONAL
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA- CONFIRMA ACCEDE PRETENSIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida el 27 de agosto de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (fl. 2)

La señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, con el fin de obtener la nulidad de i) la Resolución No. 433 del 4 de agosto de 2016, mediante la cual nombró al señor Oscar Leonardo Rincón en el cargo como auxiliar administrativo 5120-04, cargo que ostentaba en provisionalidad la demandante, ii) el oficio de fecha 17 de agosto de 2016, por medio del cual se dio por terminada la provisionalidad que ostentaba en el cargo de auxiliar administrativo 5120-04 en el Municipio de Chiquinquirá, iii) la nulidad del artículo 2º de la Resolución No. 192 del 29 de abril de 2016, por medio del cual se efectuó el nombramiento de la demandante, y iv) la nulidad de la circular 047 del 30 de marzo de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reincorpore a la demandante al mismo empleo, o a uno de mayor jerarquía del que venía

desempeñando en provisionalidad, así como se cancelen los haberes salariales, prestacionales, vacaciones, bonificaciones, cesantías y de seguridad social, dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación, hasta la fecha que se produzca el reintegro o hasta que se provea el cargo como resultado del concurso de méritos. Finalmente, que se declare que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.

1.2. Fundamentos fácticos (fls. 57-60)

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

a) Señaló que la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO, es profesional en administración de empresas, desde el año 2013, y especialista en planeación y gestión del desarrollo territorial desde el año 2014.

b) Indicó que fue vinculada a la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 132 del 31 de mayo de 2013, en provisionalidad para ocupar el cargo de auxiliar administrativo 5120-04 de Chiquinquirá, dentro de la planta global de la delegación departamental, desde el 4 de junio de 2013 hasta por seis (6) meses.

c) Acotó que mediante Resoluciones 338 del 5 de diciembre de 2013, 215 del 10 de junio de 2014, 288 del 30 de julio de 2014, 038 del 2 de febrero de 2015, 284 del 3 de agosto de 2015, 440 del 30 de octubre de 2015 y 192 del 29 de abril de 2016, continuó vinculada en provisionalidad en el mismo cargo, y por lapsos entre 3 y 6 meses de duración.

d) Aseguró que, en las resoluciones precitadas se dispuso que el nombramiento provisional era excepcional, y que durante el término de duración, se debería abrir concurso para proveer el empleo definitivamente, no obstante, ello no ocurrió de esa manera.

e) Afirmó que el 8 de agosto de 2016, cuando llegó al lugar de trabajo encontró al señor Oscar Leonardo Rincón Luis, recibiendo inducción por parte del Registrador de Chiquinquirá, informándole que debía entregar el cargo a esa persona y levantar la correspondiente acta.

f) Refirió igualmente que el 8 de agosto de 2016, la demandante radicó derecho de petición ante el Registrador del Estado Civil, relatando lo sucedido, manifestando desconocer los motivos por los cuales fue desvinculada y no haber recibido notificación alguna sobre la terminación de su provisionalidad.

g) Relató que, en respuesta a lo anterior, la entidad demandada, con oficio del 17 de agosto de 2016, informó que en virtud de la Circular 047 de 2016, toda resolución que tenga una duración expresa, finaliza sin que requiera acto administrativo o comunicación alguna, y que, por tanto, la Resolución 192 de 2016, estableció que el nombramiento se surtía a partir del 4 de mayo de 2016, y por el término de 3 meses.

1.3. Concepto de violación.

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Legales: El artículo 10, 137 y 138 del CPACA, artículo 20 y 65 de la Ley 1350 de 2009, la Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 388-408)

La entidad se pronunció respecto de las pretensiones, oponiéndose a todas ellas, al considerar que están fundadas en supuestos fácticos que no son ciertos y porque carecen de fundamento legal.

Como argumento de defensa, propuso como excepciones las denominadas:

- i) Ineptitud sustantiva de la demanda por demandarse un acto no susceptible de control judicial. Señaló que la parte actora pretende la nulidad de actos que son considerados de trámite, los cuales no son objeto de control judicial.
- ii) De la terminación del vínculo por el vencimiento del plazo pactado – causal objetiva. Indicó que el vínculo entre la entidad y la actora terminó por una causal objetiva, vencimiento del plazo pactado y por tanto, no hacía falta acto administrativo, porque su vinculación ya se había expresado, desde el mismo momento en que se surtió el nombramiento.
- iii) Régimen aplicable a la Registraduría Nacional del Estado Civil. Sostuvo que tan solo a los designados en provisionalidad se les confiere el derecho que su acto de desvinculación se motive. Además, que, al régimen de la entidad no se le aplica la Ley 909 de 2004, ya que este se ajusta tan solo a los empleados de carrera.
- iv) Nombramiento provisional discrecional. Manifestó que el artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, se determina un régimen especial aplicable a la

entidad demandada y en cuanto al nombramiento en provisionalidad, se establece que es discrecional, por tanto, que el acto de terminación resulta legal y legítimo.

iv) De la discrecionalidad. Alegó que no le asiste razón a la actora, frente al argumento expuesto de falsa o falta motivación del acto que dio por terminado su nombramiento, pues la condición de haber sido nombrada hasta que se surtiera el concurso de mérito, no le daba estabilidad en el mismo.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, resolvió (fls. 235-248):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto tácito, configurado con la expedición de la Resolución No. 433 de 2016, mediante la cual se nombra al señor Oscar Leonardo Rincón Luis en el cargo que venía desempeñando la demandante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil a:

- (i) Reintegrar en provisionalidad a la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN (...) al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro o a uno de igual o superior categoría, sin solución de continuidad, siempre y cuando, dicho cargo no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la demandante no haya llegado a la edad de retiro forzoso, debiendo examinar además que la actora cumpla con los requisitos para acceder al cargo público y*
- (ii) A título indemnizatorio, le pagará el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir, hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN (...) sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario; precisando que la entidad condenada, solo podrá realizar estos descuentos si demuestra de forma suficiente la vinculación laboral de la demandante en el periodo que se ordena la indemnización. Lo anterior en atención a la sentencia SU-874 de 2014.*

TERCERO: CONDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a pagar la indexación de las sumas adeudadas en los términos del artículo 187 del CPACA y lo indicado en precedencia.

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir la sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y

reconocerá intereses moratorios en la forma prevista en el artículo 192 ibidem.

*QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. Por lo expuesto en la parte motiva.
(...)"*

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia luego de referirse a las disposiciones que son aplicables al asunto, concretó que no existe acto expreso de desvinculación, pues la entidad demandada, solo procedió a emitir la Resolución 433 de 2016, la cual nombra al señor Oscar Leonardo Rincón, en el cargo de Auxiliar Administrativo por el término de tres (3) meses, cargo que venía ocupando la demandante, por lo que en atención a los planteamientos desarrollados respecto a la existencia de los actos tácitos, no se puede extraer una conclusión diferente que la configuración de un acto implícito de desvinculación pasible de control judicial, el cual a todas luces se desprende del acto expreso de nombramiento del señor Rincón Luis; así frente a los actos expresos, esto es, la Resolución, el artículo segundo de la Resolución 1912 de 2016 y la circular 047 de 2016, se consideró que no estaban afectados de nulidad.

Indicó que, en el caso de la resolución de nombramiento, el sustento de la misma se da en aplicación de norma superior, como lo es el literal C del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, que habilita a la entidad demandada para hacer este tipo de nombramientos que son improrrogables y en provisionalidad, más, se pone de presente que ambos actos administrativos, ya están expirados respecto del término de nombramiento.

Aseguró que en el caso particular de la Circular 047 de 2016, no se encuentra reproche alguno de nulidad, pues lo que hace es tener en cuenta lo estipulado en otra circular, que a su vez tiene fundamento en el mencionado literal C de la ley comentada, y lo único que hace es dar directrices genéricas sobre nombramientos provisionales, sin que en esta se defina el caso particular y concreto de la demandante.

En ese orden, afirmó la *a quo*, que solo queda el acto tácito de desvinculación, el cual está viciado de nulidad, ya que de contera se extrae que hay ausencia de elementos para justificar la desvinculación de la demandante que se encontraba en provisionalidad, y en tal sentido, previo a efectuar el nombramiento del señor Rincón Luis, la Registraduría debió expedir un acto expreso y motivado de terminación de la provisionalidad.

Finalizó señalado el fallador, que, aunque se hubiese indicado el término de expiración en el acto de nombramiento, la entidad no podía abstenerse de cumplir las reglas relativas a la motivación de un acto de desvinculación del servicio de quienes ejercen cargos de carrera administrativa, incluso en provisionalidad, sin que se pudiera dejar todo a la configuración de un acto tácito.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 249-258)

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

(i) Desconocimiento de los actos que ponen fin a la actuación administrativa.

Sostuvo que declarar la nulidad del acto tácito, configurado con la expedición de la Resolución No. 433 de 2016, el cual nombra al señor Oscar Leonardo Rincón Luis no se deduce procedente, en el entendido que no afecta directamente la situación jurídica de la demandante, pues el ejercicio de la función de la demandante se fundamentó en nombramientos provisionales interrumpidos entre la terminación y el nuevo nombramiento, siendo el último materializado con la Resolución 192 de 2016, en la que se indicaba de manera clara la duración de su vinculación y el plazo establecido para su terminación.

Precisó que ni el oficio del 17 de agosto de 2016, ni la Resolución 433 de 2016, guardan relación directa con la situación jurídica del demandante, pues no contiene una decisión final que comporte la posibilidad de recurrirse o de acudirse al control judicial. De igual manera, tampoco comporta el acto tácito una situación jurídica para la demandante y por tanto, el *a quo* incurrió en yerro al declarar la nulidad del acto tácito.

(ii) Caducidad que “debe” decretarse.

Refiere que la demandante fue nombrada mediante Resolución 192 de 29 de abril de 2016, y teniendo en cuenta la petición de conciliación, esta fue radicada el 1 de noviembre de 2016, razón por la cual opera el fenómeno jurídico de la caducidad.

Precisó que, en el asunto en estudio, la accionante tuvo conocimiento pleno del acto administrativo el día 4 de mayo de 2016, al tomar posesión del cargo, por ende, la demanda se presentó cuando ya había operado la caducidad de la acción, pues transcurrieron más de 4 meses antes de

la presentación de la solicitud de conciliación, que data del 1 de noviembre de 2016, ya habiendo operado la caducidad.

(iii) Desconocimiento de norma especial que prevalece sobre la general.

Afirmó que, en el presente caso, existe norma especial, como lo es el artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, que textualmente refiere que los nombramientos de provisionalidad tienen un término máximo de duración y además son discrecionales, sin que pueda aplicarse, por tanto, la Ley 909 de 2004.

Arguyó que el fundamento del régimen especial de carrera, se da como consecuencia de la especificidad y particularidad en el cumplimiento de la función que a esta entidad se le ha atribuido constitucional y legalmente y que en el presente asunto las resoluciones objeto de litis, se emitieron con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1350 de 2009.

(iv) Rompimiento de la coherencia en atención a que en diversos pronunciamientos los operadores judiciales sí tuvieron en cuenta la norma especial que fija el término de nombramiento máximo y el hecho que los interesados conocían de antemano esto.

Para el efecto, trajo a colación diferentes pronunciamientos judiciales de diferentes Tribunales, para significar que le han dado prevalencia a la norma especial que rige sobre la general, relativa a que la nominación es discrecional.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 31 de octubre de 2018 (fl. 284) y fue admitido por esta Corporación a través de proveído del 15 de noviembre de 2018 (fl. 309). Posteriormente, por medio de auto del 4 de diciembre de 2018, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 313).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante (fl. 322-327)

Expuso que conforme las condiciones del nombramiento en provisionalidad de la demandante, no se le podía desvincular, hasta

tanto no se proveyera el concurso de méritos y que, en todo caso, la ley señala que es obligatorio motivar el acto de retiro, el cual no existió en este asunto.

6.2. Parte demandada (fl. 315-321)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6.3. Ministerio público

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si en virtud del Régimen Especial de Carrera Administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la desvinculación de la demandante, quien ejercía su cargo en provisionalidad, estaba determinado por el plazo señalado en el mismo acto de nombramiento, y por tanto, no era necesario un acto administrativo diferente y motivado en donde se le indicaran las razones para el retiro del servicio?

2. TESIS DE LA SALA

Para la Sala, a los empleados de la Registraduría Nacional de Estado Civil, quienes cuentan con régimen especial de carrera contenido en la Ley 1350 de 2009, también se les aplican las normas vigentes para los servidores públicos nacionales, de tal manera que la reglamentación del sistema especial de carrera de dicha entidad, debe armonizarse con el régimen general establecido en la Ley 909 de 2004, en aquellos aspectos no regulados.

De igual manera, la Sala atendiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional que reflejan una línea jurisprudencial pacífica y reiterada desde 1998 y unificada en la SU 917 de 2010, considera que los actos de

desvinculación de los servidores nombrados en provisionalidad deben motivarse atendiendo al principio de "razón suficiente", esto es las condiciones o circunstancias atinentes al servicio prestado, a la provisión del cargo en carrera, a sanción disciplinaria o calificación insatisfactoria, es decir razones objetivas.

Para la Sala, está acreditado que al ocupar un cargo de carrera en provisionalidad tenía derecho a que existiera un acto de desvinculación en donde se plasmara las razones por las cuales se había adoptado tal determinación, sin desconocer que si bien la Registraduría cuenta con la potestad en virtud del literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, de realizar nombramientos provisionales por un término no superior a 6 meses, ello no la exime de la obligación de expedir y motivar el acto de retiro, 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.

Así para el sub judge, no existió siquiera acto de desvinculación, por lo tanto, la decisión recurrida, fue acertada al señalar que se trataba de un acto tácito o implícito derivado por el nombramiento del Señor Rincón Luis, a través de la Resolución N° 433 del 2016, y que consolidó la situación jurídica de la actora, quedando sin piso jurídico la postura que el acto de nombramiento de la demandante, era el que había edificado la situación de derechos, al haberle señalado que su vinculación vencería en tres meses.

Por lo tanto, la sentencia de primera instancia se confirmará, reflejando el anterior análisis.

3. CUESTIÓN PREVIA. LIMITES DEL A QUEM

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a las diferencias y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de

primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P. por remisión expresa del CPACA, que consagra:

“Artículo 320. Fines de la apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

(...)”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el o los recurrentes se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*¹.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Vale la pena traer a colación lo expuesto por Consejo de Estado² sobre el tema, lo cual, si bien en esa oportunidad atendió las disposiciones del CPC, es aplicable para este caso, pues se mantiene el mismo espíritu de las normas pertinentes del CGP. Para el efecto se sostuvo:

“...En efecto, la Sala, mediante providencia del 9 de febrero de 2012, unificó su jurisprudencia en relación con la competencia del juez de

¹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E), Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00368-01(49083)

segunda instancia, en el entendido de precisar que esta se encuentra limitada por las referencias conceptuales y argumentativas aducidas por los apelantes en contra de la decisión adoptada en primera instancia, sin perjuicio de las circunstancias susceptibles de ser declaradas de manera oficiosa³."

Bajo tales apreciaciones, queda claro en atención a que en el *sub júdice* el fallo fue impugnado por la parte demandada, la competencia de la Sala se circunscribe a la revisión de la materia del recurso, de todo aquello que le sea conexo y que se encuentre dentro de su giro normal, así como de lo indispensable para resolverlo.

4. MARCO NORMATIVO

4.1. DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS TÁCITOS

En el marco de la teoría de los actos administrativos, se considera que su naturaleza y características están marcadas por cuando la autoridad o un particular en ejercicio de funciones administrativas adopta una decisión y, con ello, propicia una situación jurídica. Así, la categoría de acto administrativo adquiere vigencia conforme la concepción que se tenga del derecho administrativo según un enfoque del orden funcional (donde la esencia es la actividad) u orgánico (donde la esencia es la estructura del Estado).

En el orden funcional se pueden advertir las decisiones administrativas adoptadas por funcionarios que forman parte de las ramas del poder público diferentes a la ejecutiva que expiden actos administrativos. Desde el orden orgánico aquellas autoridades que por su ubicación estructural están llamadas a emitir actos administrativos como son, puntualmente, las de la rama ejecutiva. Existen múltiples modos de clasificar los actos administrativos. Algunos teóricos⁴ lo hacen desde el sujeto, otros desde su contenido y otros más desde la manera en que se expiden. También pueden clasificarse de tal suerte que se pueda determinar si contra ellos es procedente la reclamación administrativa.

Ahora bien, la formación del acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración, está precedida de una serie de actuaciones administrativas que pueden iniciarse de una de las 4 formas previstas en el artículo 4º del C.P.A.C.A., como lo son el ejercicio del derecho de petición en interés general, el ejercicio del derecho de

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, radicación 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Luis German Ortega Ruiz -El acto administrativo en los procesos y procedimientos- Público 22-2018

petición en interés particular, el cumplimiento de una obligación o deber legal, y, la actuación oficiosa de la autoridad.

Ahora bien, el acto administrativo, como lo refiere la jurisprudencia del H. Consejo de Estado:

“puede ser entendido como toda declaración de voluntad, juicio, cognición o deseo que se profiere de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa y produce efectos jurídicos directos o definitivos, con el fin de crear, modificar o extinguir un derecho o relación jurídica. A partir de su clasificación según su contenido por la situación que crea, se observa que existen actos generales, aquellos que crean situaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, otros de carácter particular, que generan situaciones concretas y subjetivas y por último los actos condición que atribuyen a una persona determinada los predicados abstractos previstos en las situaciones generales y personales. En lo que respecta a la decisión que contienen los actos administrativos, estos pueden ser definitivos, aquellos que ponen fin a una actuación administrativa o deciden directa o indirectamente sobre el fondo de un asunto, y por otro lado aquellos de trámite, que impulsan una actuación administrativa, pero sin definir o decidir sobre ella”⁵.

Concordante con lo anterior, destaca la Sala que el criterio clásico sobre la naturaleza del acto administrativo, no es otra cosa que una manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas autoridades estatales o particulares investidos de función pública, tendiente a la producción de efectos jurídicos,⁶ crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, es decir que se trata de una expresión de lo pretendido por quien ejerce función administrativa y como manifestación de la misma.

Respecto a la forma en que esa decisión se debe adoptar, a pesar de que no existe una norma que de manera expresa y general exija que todo acto administrativo conste por escrito, lo normal es que así sea, no solo por razones de índole probatoria, sino porque de esta forma se garantiza el conocimiento de su motivación y consecuentemente, el derecho de defensa y contradicción por parte del administrado, quien al saber con exactitud las razones de la decisión, podrá intentar desvirtuarlas en sede administrativa o judicialmente.

Resaltándose en el análisis de la Sala, que los actos administrativos según su forma pueden ser expresos o presuntos, los primeros se materializan a

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., catorce 114) de septiembre de dos mil diecisiete 12017), Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02393-0113758-16)

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando; Tratado de Derecho Administrativo — T. 11., Universidad Externado de Colombia. 4ª ed., 2003, Pg. 131.

través de los sentidos y los segundos, conocidos como actos tácitos, en los cuales la administración no dicta resolución expresa, sino que se acoge a la herramienta de silencio administrativo. Este silencio puede ser positivo o negativo, constituyéndose en una ficción jurídica por la falta de resolución expresa por parte de la administración a las peticiones o los recursos interpuestos en contra de las decisiones administrativas

A su turno, los artículos 83 a 86 de la Ley 1437 de 2011, preceptúan que el silencio administrativo, es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo.

Ese efecto y tal como lo ha referido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, se conoce como acto tácito, ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.

Existen algunas diferencias entre los efectos del acto ficto negativo y del acto ficto positivo. Una de ellas es que mientras que la ocurrencia del silencio negativo no impide que la Administración se pronuncie sobre el asunto, a pesar de haber transcurrido el plazo legal para ello, la configuración del silencio positivo genera un acto presunto que tiene que ser respetado por la Administración. En otras palabras, una vez se ha producido el silencio positivo, la Administración pierde competencia para decidir la petición o recurso respectivos.

Ahora bien, la doctrina⁸ en un estudio juicioso, frente a los actos administrativos que no reposen por escrito, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse, precisó:

⁷ Sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicado No. 66001-23-33-000-2012-00157-01 (20259) C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, reiterada en decisión de la SECCIÓN CUARTA- C.P: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ- (13) de 2017- Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00984-01(21514)

⁸ DROMI, Roberto; *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina, 5ª ed., 1996; pg. 221.

"las formas de instrumentación del acto administrativo pueden ser escrita, oral o simbólica. ..."

Si bien no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos salvo los casos en que están previstas legalmente parece indiscutible, como principio general, que deben constar por escrito. Esta regla admite unas pocas excepciones que han de interpretarse restrictivamente, con la existencia de decisiones tácitas o implícitas de la administración, cuando haya omitido su deber de pronunciarse.

El doctrinante Juan Carlos Casagne⁹, nos indica:

"El acto tácito se configura cuando como consecuencia de la emisión de un acto expreso surgen efectos jurídicos que presuponen la existencia de otro acto". (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Así del análisis de la naturaleza, teoría del acto administrativo, en conjunto con la jurisprudencia¹⁰ y la doctrina, se requiere que haya una decisión de la administración y que produzca efectos, sin que se sea indispensable que el acto aparezca por escrito.

4.2. NATURALEZA DE LOS EMPLEOS DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

El artículo 125 de la Constitución Política señala la forma de provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, determinando como regla general, que son de carrera con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el legislador, así:

"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...)"

⁹ Juan Carlos Casagne- Derecho Administrativo – Tomo II- 2008- pag

¹⁰ Consejo de Estado

Por su parte, el artículo 120 de la Constitución Política, establece que la Organización Electoral se encuentra conformada por el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los demás organismos que establezca la ley, y tiene a su cargo las elecciones, su dirección y vigilancia, junto a lo relativo a la identidad de las personas.

En ese orden, la Registraduría Nacional del Estado Civil, ha mantenido regímenes especiales de carrera desde sus orígenes, de orden legal, y en la actualidad constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 266 de la Constitución Política - modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003.

Así las cosas, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, la Registraduría Nacional del Estado Civil posee un régimen especial de carrera administrativa, caracterizada por el ingreso mediante el sistema de mérito y la remoción para los empleados de responsabilidad administrativa y electoral, de manera flexible; sobre la remoción de los empleados, la Corte Constitucional mediante sentencia C – 230 A de 2008 al respecto, manifestó:

“En efecto, mediante el concurso se busca una calificación del mérito estrechamente vinculada a patrones objetivos, sin que puedan emplearse criterios o factores subjetivos de valoración, para evitar, de tal modo, que el resultado final quede a la disposición o al capricho del nominador, quien, en consecuencia, no podrá desconocerlo ni alegar que es inconveniente proceder a efectuar un determinado nombramiento.

Mantener la exigencia de una aprobación posterior al concurso y a los resultados en él obtenidos desconoce que la propia Constitución estableció ese mecanismo para asegurar que el ingreso a la Registraduría se base en el mérito, introduce una etapa que, fuera de ser extraña al sistema de selección, propicia una ulterior e inadmisibles valoración no exenta de consideraciones subjetivas y, por lo tanto, deja los resultados a merced de una entidad distinta de la Registraduría que, se repite, es la institución constitucionalmente facultada para adelantar el concurso y para designar su propio personal conforme al sistema de carrera administrativa especial que la Carta prevé.

Téngase en cuenta, además, que como se consignó en otros apartes de esta providencia, el Constituyente al instaurar un sistema de carrera especial y el consiguiente ingreso mediante concurso a la Registraduría Nacional del Estado Civil tuvo el propósito de sustraer a la entidad de influencias partidistas y que, en ese contexto, la aprobación de los nombramientos por un órgano de composición eminentemente política como el Consejo Nacional Electoral resulta todavía más extraña al nuevo marco constitucional surgido del Acto Legislativo No. 01 de 2003.

Ahora bien, el artículo 266 de la Constitución adicionalmente indica que “los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley”, de donde surge que se trata de

cargos que pertenecen a la carrera administrativa especial “a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos especial”, pues, tratándose de ellos, el Constituyente sólo aludió a la libre remoción, pero no al libre nombramiento. En otros términos, respecto de los cargos de responsabilidad administrativa o electoral el régimen especial constitucionalmente previsto para la Registraduría Nacional del Estado Civil combina el ingreso mediante concurso de méritos y la libre remoción.

La libre remoción es garantía de la confianza que el Registrador Nacional deposita en quienes, habiendo ingresado en virtud del concurso de méritos, desempeñen los cargos de mayor responsabilidad y, de acuerdo con la Constitución, es competencia del legislador precisar cuáles son esos cargos de responsabilidad administrativa o electoral que, aun cuando pertenecen a la carrera, quedan sujetos a la libre remoción, dado que ésta procede “de conformidad con la ley”. (Subraya fuera de texto)

Desde luego, para la regulación de la carrera administrativa especial de la Registraduría el legislador está asistido por su potestad de configuración y, dentro de los parámetros constitucionalmente dispuestos y en atención a la naturaleza, a las funciones propias de la Registraduría y a sus fines institucionales, el legislador, conforme lo disponen los artículos 125 y 266 de la Carta, debe clasificar con carácter general los cargos como de carrera, definir los que corresponden a cargos de responsabilidad administrativa o electoral y por excepción, si así lo considera necesario, determinar como de libre nombramiento y remoción algunos empleos que naturalmente no impliquen responsabilidad administrativa o electoral.”

Respecto al régimen especial de carrera administrativa aplicable a la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Corte Constitucional en sentencia C-897 de 2009¹¹, indicó lo siguiente:

“(…) El régimen de carrera que regía en la Registraduría Nacional del Estado Civil correspondía a un régimen especial que fue regulado en sus diversos aspectos por el Decreto Ley 1014 de 2000, pero que con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, el Congreso de la República modificó el artículo 266 de la Carta Política y ordenó, por expresa disposición normativa, que la Registraduría Nacional del Estado Civil contará con un sistema de carrera especial, es decir de origen constitucional, por lo que resulta entendible que la Registraduría hubiese entrado en un periodo de inadecuación normativa e incongruencia regulatoria, por la contradicción surgida entre su régimen reglamentario de carrera específica y la norma constitucional sobreviniente que estableció un sistema de carrera especial, situación que fue reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-230A de 2008, disponiendo que mientras no se contara con una normativa de rango legislativo que desarrollara la reforma constitucional de 2003, se admitiría la aplicación del Decreto 1014 de 2000 (...). (Destacado por la Sala)

Precisamente y a efectos de desarrollar el contenido del Acto Legislativo 01 de 2003, el Congreso de la República expidió la Ley 1350 de 2009, por medio de la cual se desarrolla la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en donde, respecto a la forma de provisión de los

¹¹ Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

empleos y vinculación de personal, en su artículo 20 dispuso lo siguiente:

“Artículo 20. Clases de nombramiento. La provisión de los empleos en la Registraduría Nacional del Estado Civil podrá realizarse mediante las siguientes clases de nombramiento:

a) Nombramiento ordinario discrecional: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que de conformidad con la presente ley tienen carácter de libre nombramiento y remoción;

b) Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos del sistema especial de Carrera de la Entidad con una persona seleccionada por concurso y tendrá un término de cuatro (4) meses;

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;

d) Nombramiento en ascenso: Es aquel que se efectúa previa realización del concurso de ascenso;

e) Nombramiento en encargo: Es aquel que se hace a una persona inscrita en Carrera Administrativa para proveer de manera transitoria un empleo de Carrera mientras se surte el concurso respectivo. El encargo no podrá exceder de seis (6) meses. En el transcurso del término citado se deberá adelantar el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente.”(Negrilla fuera de texto)

Así mismo, advierte la Sala que el artículo 69 ibidem dispuso “En lo no dispuesto por la presente ley, se aplicarán las normas previstas en la Ley General de Carrera”, y siendo así tal imperativo normativo permite que a los empleados de la Registraduría Nacional de Estado Civil, se les aplique las normas vigentes para los servidores públicos nacionales, de tal manera que la reglamentación del sistema especial de carrera de dicha entidad, debe armonizarse con el régimen general establecido en la Ley 909 de 2004, en aquellos aspectos no regulados.

4.3 ANALISIS JURISPRUDENCIAL¹² RESPECTO DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO, INDEPENDIENTE AL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO POR EL CUAL SE REALIZÓ EL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL DE CARGOS DE CARRERA, EN EL MARCO DE LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA

¹² T-221/14

Retoma la Sala el mandato que la Constitución Política estableció en su artículo 125 sobre el régimen de carrera administrativa, como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional.

Así las cosas, como el procedimiento para la provisión de los cargos de carrera puede tomar más tiempo, el Legislador ha autorizado, como medida transitoria la vinculación a estos cargos mediante funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. Respecto de la situación de estos servidores, la Corte Constitucional en la sentencia SU- 556 de 2014, ha señalado que su vinculación ha sido concebida como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, ante la presencia de vacancias temporales o definitivas mientras estos se asignan en propiedad mediante el respectivo concurso de méritos¹³.

En efecto, la Corte Constitucional de manera constante y reiterada ha sostenido que el empleado vinculado en provisionalidad, gozaba de una estabilidad relativa lo cual implicaba que el acto administrativo que disponía su desvinculación debía necesariamente estar motivado, buscando diferenciar lo arbitrario de lo discrecional. Así, por ejemplo, en la sentencia de unificación SU- 917 de 2010, la Corte indicó:

"(...) El derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso -predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales excesos de la Administración, entre otros preceptos constitucionales (...).

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 (...)

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 incurriría en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la

¹³ SU-556/14

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 (...)". (Destacado por la Sala).

La Corte Constitucional igualmente, ha utilizado al principio de "razón suficiente" para analizar el contenido del acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad.

Esta tesis ha sido reiterada en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional, una de las cuales, la sentencia T-147 de 2013¹⁴, indicó:

"(...) La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad.

La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de hecho de pertenecer a un cargo de carrera.

En conclusión, los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación (...)". (Destacado por la Sala)

¹⁴ Magistrado ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB-18 de marzo de 2013

Al respecto, se puede colegir que, si bien el ingreso y desempeño de cargos públicos debe realizarse por concurso de méritos, para que los cargos sean ocupados por personas vinculadas a la carrera administrativa, en la práctica estos han sido provistos de manera transitoria por funcionarios en provisionalidad mientras se lleva a cabo el respectivo concurso. Debido a esta situación, existe una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, sin excluir a ningún empleo público o si el régimen aplicar es el general, o cuenta con norma especial.

Posteriormente, en sentencia T 221 de 2014, la Corte Constitucional, en estudio en sede de tutela sobre la desvinculación por vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad de empleadas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, argumentó lo siguiente:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que el caso concreto gira en torno a una funcionaria pública perteneciente a la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Sala reitera que la naturaleza de los empleos de dicha entidad, de acuerdo con el artículo 6° de la Ley 1350 de 2009, por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial, son por regla general de carrera. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-230 A de 2008 indicó:

(...)

Sin embargo, debido a que aún no se ha llevado a cabo el respectivo concurso para proveer los cargos en la entidad accionada, ésta se ha visto en la obligación de proveerlos con funcionarios nombrados en provisionalidad.

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.

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)”.

Así las cosas, en cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia¹⁵ ha indicado “el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección, aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas”.

Itera el máximo órgano constitucional que los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad postura que fue asumida de manera completa en la T- 533 de 2014¹⁶.

Actualmente, la anterior postura jurisprudencial se mantiene, sin discriminar entre el régimen general de carrera o los regímenes especiales, como lo preceptuó en la T- 627 de 2016¹⁷, cuando estudio un caso de similares connotaciones al que hoy ocupa la atención de esta Sala, en el siguiente sentido:

“(…)

En suma, la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación como garantía efectiva del debido proceso y el derecho a la defensa y contradicción. En esa línea, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los actos mediante los cuales se decide remover del servicio a un funcionario público que ocupa un cargo de carrera, aun en provisionalidad, debe indicar siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales se adopta tal decisión en aras de que el afectado con la misma pueda hacer efectiva la posibilidad de atacarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Esta línea de decisión, como se explicó en el apartado anterior, es aplicable al retiro de

¹⁵ Entre otros los siguientes pronunciamientos: Sentencia T-289/11 Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB 14 de abril de 2011- sentencia de unificación SU-917 de 2010-

¹⁶ Magistrado ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

¹⁷ Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA- Acción de tutela presentada por Patricia Eugenia Jiménez Massa contra la Registraduría Nacional del Estado Civil- Referencia: Expediente T-5637828.

funcionarios que dentro del sistema de carrera especial de la Registraduría Nacional del Servicio Civil desempeñan un cargo de responsabilidad administrativa o electoral, como es el caso del Delegado Departamental.

(...)

9.2. La acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para ordenar la motivación de un acto administrativo por medio del cual se dispone la desvinculación de un funcionario que ocupa un cargo de carrera, incluso en provisionalidad, siempre que con dicha omisión se evidencie una clara afectación de derechos fundamentales, en especial del debido proceso, la defensa y la contradicción.

La regla que exige la motivación del acto administrativo de retiro es aplicable, *mutatis mutandis*, a la desvinculación de empleados de libre remoción en el marco del régimen especial de carrera de la Registraduría Nacional del Servicio Civil, especialmente frente a quienes ejercen cargos de responsabilidad administrativa o electoral, en virtud de lo establecido de manera principal en la Sentencia C-553 de 2010.

9.3. La desvinculación del servicio prestado al Estado sin motivación, existiendo el deber de expresarla, permite el amparo por vía de tutela con el objeto de que se cumpla dicho requisito, pero no para obtener el reintegro, a menos que se requiera su utilización para evitar un perjuicio irremediable o se trate de un sujeto de protección especial, titular de una estabilidad laboral reforzada.

9.4. La Registraduría Nacional del Estado Civil vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, cuando declara la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, de libre remoción, **sin mencionar siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales se adoptó tal decisión.** En estos supuestos, surge el deber de motivar el acto con el fin de hacer efectiva la posibilidad de atacarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa y de esta forma el juez natural ejerza un control jurídico de la determinación, constatando si se ajusta al orden vigente y si corresponde a los mandatos superiores" (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

A su turno el Consejo de Estado, si bien en un primer momento sostuvo la tesis según la cual los servidores que se encontraban nombrados en provisionalidad podían ser desvinculados mediante acto administrativo no motivado, teniendo como soporte legal las normas anteriores a la Ley 909 de 2004, particularmente los artículos 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, lo cierto es que en la actualidad la posición jurisprudencial pacífica y constante desde el 2010, es la contraria, es decir, los servidores públicos que se encontraban nombrados en provisionalidad, a efectos de su desvinculación, debe realizarse a través de acto administrativo motivado.

Como consecuencia de la postura pacífica de la Corte Constitucional y de la interpretación normativa, el Consejo de Estado en providencia del 23 de septiembre de 2010, consideró que ante insubsistencia de provisionales ocurridas en vigencia de la Ley 909 de 2004, inclusive en regímenes especiales como el de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sí requieren motivación destacándose para el efecto los siguientes apartes:

“(…)

TESIS DE LA SALA El Tribunal desconoció línea jurisprudencial del Consejo de Estado, según la cual el acto de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera no exige ser motivado, salvo, como lo ha sostenido en los últimos tiempos, cuando la decisión de insubsistencia es posterior a la vigencia de la Ley 909 de 2004, caso en el cual sí requiere motivación.

(…)

I. El retiro discrecional de los empleados que ejercen en provisionalidad un empleo de carrera y la jurisprudencia del consejo de estado. Reiteración.

(…)

A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010¹⁸, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el **parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley** (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), **es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado**¹⁹, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)

(…)

II. Del régimen de carrera de los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, vigente para el momento del nombramiento y la no inscripción en carrera de la accionante.

¹⁸ Consejo de Estado- Sección segunda- Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE- Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08). En similar sentido se pueden estudiar: sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0319-2008, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; así como sentencia de la Subsección B de la misma Sección, del 17 de febrero de 2011, radicado interno 0387-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁹ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

(...)

El artículo 26 de la Ley 443 de 1998 creó el Registro Público de la Carrera Administrativa, conformado por todos los empleados inscritos o que se llegaren a inscribir, cuya administración y organización corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), sin embargo, con ocasión de la sentencia C-372 de 1999 se declararon inexecutable varios artículos de esta ley, atinentes a la CNSC, razón por la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 8 de marzo de 2001, radicado 1.331, concluyó que “mientras no se expida la ley mediante la cual se desarrolle el artículo 130 de la Carta Política, de acuerdo a los criterios fijados por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 1999, la **Registraduría Nacional del Estado Civil no tiene competencia para adelantar procesos de selección a fin de proveer empleos de carrera, pueden realizarse mediante encargo o nombramiento provisional en empleos de carrera que se encuentren en vacancia**”. De ahí que la Registraduría no pudo convocar a concursos, hasta tanto no se expidiera la mencionada ley sobre la Comisión.

(...)

De acuerdo con el artículo 73 del Decreto 3492 de 1986, lo que le otorgaba al funcionario la plenitud de sus derechos inherentes a la carrera, era la inscripción en la misma, y para esta Sala es claro que al no haber sido inscrita la señora Marín, se le tenía como una empleada pública desempeñando en provisionalidad un cargo de carrera.

(...).²⁰ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Teniendo en cuenta la posición de la jurisprudencia pacífica, no solo Constitucional, sino del órgano de cierre de lo contencioso Administrativo, respecto de la motivación de los actos de desvinculación o retiro, procede la Sala a destacar los pronunciamientos de los órganos superiores respecto de tomar como justificación válida o razón suficiente el solo hecho de la terminación de plazo o término del nombramiento provisional, o si por el contrario, la motivación debe obedecer a otras razones que tienen que ver directamente con el servicio.

4.3.1 DE LA TERMINACIÓN DE PLAZO O TÉRMINO DEL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL, ES RAZÓN SUFICIENTE DE NO MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO.

Una de las primeras decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado que se refirieron a la ilegalidad de la subsistencia con fundamento en el vencimiento de los términos del nombramiento en provisionalidad se encuentra en la sentencia proferida el 26 de junio de

²⁰ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E) Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02327-01(3651-13)

2008²¹, con ocasión de la demanda de nulidad de la Resolución N° 0352 del 14 de marzo de 2001, por medio de la cual se declaró insubsistente un nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1 de la planta de personal de la Administración Central del ente territorial por la superación del término legal de nombramiento en calidad de provisionalidad según el artículo 5º del Decreto 1572 de 1998.

En dicha providencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que los nombramientos así efectuados atendían una situación administrativa transitoria mientras se proveía el cargo a través de concurso de méritos que debía realizar la Comisión Nacional del Servicio Civil, pero la perentoriedad en las provisionalidades según el Decreto 1572 de 1998, tenía como finalidad la prestación del servicio en tanto se agotara el proceso de selección a través de un concurso de méritos, así como evitar la dilación indefinida de nombramientos que desconocieran el artículo 125 Superior. Así las cosas, consideró que el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad constituía una falsa motivación, en tanto el cargo no podía proveerse a través de un concurso de méritos.

Del mismo modo, la referida corporación, ha señalado que la razón o motivación que sustenta el acto administrativo de retiro de un empleado provisional, no puede estar sujeto al vencimiento del término del nombramiento, pues debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario; en efecto señaló:

*"(...) Ahora bien, frente al **contenido de la motivación correspondiente**, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que **esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.***

*La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia del contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia **SU 917 de 2010.***

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda de nulidad el acto.

Dijo la Corte:

"(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones

²¹ Radicado número 68001-2315-000-2001-01916-01(0606-07) Acto Fabio Alexander Ordoñez Amaya, demandado Municipio de Bucaramanga

disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra atiente al servicio que está prestando y deberá prestar el funcionario concreto". (...)"

En este punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política, por ello, la motivación en caso de retiro de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional) (...)"²².

Análisis que se tuvo en cuenta en sede de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferida el 29 de abril de 2015 dentro del radicado No 11001-03-15-000-2014-04126-00²³, en la que a propósito de la sentencia T 753 de 2010, indicó:

"Dicho esto, para la Sala, se torna imperioso resaltar que en la referenciada sentencia de unificación la Corte, aludió al contenido de la motivación del acto administrativo mediante el que se desvincula al servidor nombrado en provisionalidad, y al hacerlo antes que a la exposición de razones 'breves y sumarias', lo hizo tomando como criterio el principio de 'razón suficiente', lo cual, sin lugar a dudas, por muy sutil que parezca, representa un cambio significativo en la postura de ese órgano colegiado, en la medida en que eleva el nivel de exigencia con el que han de fundamentarse ese tipo de decisiones.

(...)

Así, para la Corte, una motivación constitucionalmente admisible en estos casos es aquella que se sustenta en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez superado el concurso de méritos, la calificación insatisfactoria del funcionario, la imposición de alguna sanción disciplinaria, y cualquier otra razón específica atinente al servicio que presta el funcionario, excluyendo cualquier tipo de referencia genérica.

(...)

No puede perderse de vista que la finalidad del plazo es una y la del acto de retiro otra, por ende, le corresponde a la administración cumplir con la carga legal de justificar la decisión de desvinculación, sin que sea válido, para tales efectos, alegar simplemente la terminación del plazo, cuando ni siquiera se ha convocado el correspondiente concurso de méritos, y ha habido prorrogas de aquel. Ello, de conformidad con el giro dado por la jurisprudencia constitucional. (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

²² Decisión del 1º de marzo de 2012- expediente con radicación interna 0768-11, C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²³ Consejero Ponente ALFONSO VARGAS RINCON

De ese modo, se concluye que, en el acto administrativo de retiro del servicio, debe expresar las circunstancias particulares y concretas, tanto de hecho como de derecho, en forma de explicaciones claras, detalladas y precisas, por lo que el vencimiento del término establecido en el nombramiento provisional no constituye la razón del acto administrativo del retiro, porque como bien lo afirmó la Corte Constitucional en la decisión arriba reseñada el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Y en la ley 1350 de 2009, artículo 20, el legislador no exceptuó del deber de motivación al Registrador Nacional del estado Civil en los nombramientos provisionales discrecional.

La anterior postura ya la había asumido este Tribunal²⁴, en reciente decisión de la sala N° 02 de fecha 26 de febrero de 2020²⁵, con Ponencia de Luis Ernesto Arciniegas Triana, dentro del radicado 15001-33-33-004-2016-00134-01, siendo demandante Claudia Yolanda Ortega y demandada Registraduría Nacional del Estado Civil, destacándose para el efecto los siguientes aspectos:

“Los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, permiten colegir que la Corte Constitucional cuenta con una línea jurisprudencial que además de reiterar que los actos de desvinculación de los servidores nombrados en provisionalidad deben motivarse atendiendo al principio de razón suficiente, también ha sido clara en establecer que el vencimiento del término no es razón suficiente para motivar en debida forma el acto de desvinculación del nombramiento provisional, ello salvo en la sentencia T 753 del 20 de septiembre de 2010, respeto de la cual debe acotarse, que su expedición fue antes de la unificación proferida el 16 de noviembre de 2010 en sentencia SU — 917.”

No obstante lo anterior, se precisa que esta Corporación, frente a un asunto de similares contornos al que ocupa la atención de esta Sala, dentro del proceso ordinario radicado 15001-33-33-015-2016-00304-01²⁶ y la acción de tutela radicado 15001-33-33-006-2016-00044-01²⁷, había adoptado el criterio según el cual el sistema especial de carrera administrativa aplicable a los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, encuentra regulación concreta en lo dispuesto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009; entendiéndose como tal las previsiones aplicables a efectos del ingreso y posterior retiro del servicio de quienes fueron vinculados a través no nombramientos provisionales

²⁴ Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en providencia fechada del 26 de marzo de 2017 dentro del radicado No 15001 33 33 006 2013 0006 01.

²⁵ Que integra el magistrado ponente de la presente decisión.

²⁶ Ponencia del Magistrado Oscar Alfonso Granados Naranjo de fecha 10 de julio de 2019 y

²⁷ Ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros de fecha 26 de mayo de 2016

por tres y seis meses, se planteó que no era procedente acudir al artículo 69 de la Ley 1350 de 2009 y por esa vía dar aplicación a las normas generales de carrera administrativa contenidas en la ley 909 de 2004.

El análisis esbozado en las decisiones en cita, consideraban que una vez finalizado el término máximo de vinculación de 6 meses, por mandato legal, daban a entender que el empleado de la Registraduría, no podría continuar en el ejercicio del cargo, al haber sido conocedor de hasta cuanto iba su nombramiento desde la vinculación. Decisiones estas que en el sentido del Ponente de esta sentencia fueron aisladas y no comportaron el análisis de la ratio decidendi de la SU 917 de 2010.

De igual manera esta Sala enfatiza, frente al mismo aspecto, que la decisión adoptada por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado del 03 de agosto de 2016²⁸ que negó las pretensiones de la acción de tutela, no atendió ningún régimen especial o exclusión de motivación de los actos de desvinculación de la Registraduría Nacional, simplemente refirió que la accionante, contaba con los mecanismos ordinarios para demandar el retiro de la entidad. Al respecto se destacan los siguientes apartes:

*“Por lo anterior, para el propósito que busca la accionante –su reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones–, se insiste, **cuenta con medios judiciales idóneos y eficaces a su alcance ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para controvertir la legalidad de su desvinculación, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la que puede solicitar desde el inicio medidas cautelares, para obtener su eventual reintegro y el pago de acreencias laborales**”.* (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

Igualmente, se verificó que la Sección Quinta del H. Consejo de Estado²⁹, el 16 de agosto de 2018, decidió en sede de tutela la impugnación interpuesta contra la sentencia de 14 de junio de 2018, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado, declaró improcedente la petición de amparo por encontrar que la misma no cumplía con el requisito de procedibilidad relacionado con la relevancia constitucional, para en su lugar negar las pretensiones del amparo; en dicho estudio la situación fáctica, difiere del asunto que ocupa la atención de esta Sala, en la medida que se trataba de una persona con cargo de carrera en encargo que es devuelta a su cargo original con la Registraduría y por ello la aplicación del artículo 20 de la Ley 1395 de 2009, mas no porque analizara la vinculación en provisionalidad, ni el fenecimiento del plazo.

²⁸ Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ – demandante LINA MARÍA IBÁÑEZ ARANGO.- demandada Registraduría Nacional del Estado Civil.

²⁹ LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ- Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01299-01

Finalmente se destaca que mediante sentencia de tutela del 12 de marzo de 2020, la Sección Primera del Consejo de Estado, dejó sin efectos una decisión adoptada por este Tribunal³⁰, y en tal sentido las reglas relativas a la motivación de un acto de desvinculación del servicio de quienes ejercen cargos de carrera administrativa, incluso en provisionalidad, son aplicables, al régimen especial de carrera administrativa, como en este caso en de la Registraduría Nacional del Estado Civil, debe atender las razones suficiente tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional del régimen general.

Así las cosas y tal como fue planteado en la evolución y línea jurisprudencial reseñada ampliamente en esta providencia, los integrantes de esta Sala, fijan los parámetros de estudio en estos casos, los cuales se sintetizan así:

1. El derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera, como lo dijo la Corte, sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador.
2. Para el caso específico de los empleados nombrados en provisionalidad en la Registraduría Nacional del Estado civil, regulados por la Ley 1350 de 2009, el legislador no previó ninguna excepción para no motivar los actos de desvinculación.
3. El vencimiento del término de nombramiento es de aquellos que la Corte Constitucional consideró como no enmarcados dentro del principio de la "*razón suficiente*", pues no obedece a un motivo específico atinente al servicio prestado, ni a la provisión del cargo en carrera, a sanción disciplinaria, o calificación insatisfactoria y por eso el acto de retiro debe existir y estar motivado en razones objetivas.

5. RESOLUCIÓN DE FONDO

A fin de resolver cada uno de los planteamientos del recurso, procede la Sala con el análisis del fondo del asunto tomando los hechos probados y así valorar en conjunto con los cargos del recurso la siguiente manera:

5.1 HECHOS PROBADOS

-. Se encuentra probado que la demandante se desempeñó en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-04 de la

³⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 5. M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo. Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 15001-33-33-015-2016-00304-01

Registraduría Municipal del Estado Civil de Chiquinquirá en los siguientes tiempos:

Fechas	Lapso	Acto Administrativo	Folios
Entre el 4 de junio de 2013 al 4 de diciembre de 2013	6 meses	Resolución No. 132 del 31 de mayo de 2013	(fl. 39-41).
Entre el 5 de diciembre de 2013 al 9 de junio de 2014	6 meses	Resolución No. 338 del 5 de diciembre de 2013	(fl. 38)
Entre el 10 de junio de 2014 al 31 de julio de 2014	1 mes y 21 días	Resolución No. 215 del 10 de junio de 2014	(fl. 35-37)
Entre el 4 de agosto de 2014 al 1 de febrero de 2015	6 meses	Resolución No. 288 del 30 de julio de 2014	(fl. 32-34)
Entre el 2 de febrero de 2015 al 2 de agosto de 2015	6 meses	Resolución No. 038 del 2 de febrero de 2015	(fl. 29-31)
Entre el 4 de agosto de 2015 al 4 de noviembre de 2015	3 meses	Resolución No. 284 del 3 de agosto de 2015	(fl. 26-28)
Entre el 4 de noviembre de 2015 al 4 de mayo de 2016	6 meses	Resolución No. 440 del 30 de octubre de 2015	(fl. 23-25)
Entre el 4 de mayo de 2016 al 3 de agosto de 2016	3 meses	Resolución No. 192 del 29 de abril de 2015	(fl. 20-22)

-. No reposa en el expediente acto administrativo particular de desvinculación de la demandante.

-. Sin embargo, fue allegado el acto expreso de nombramiento del Señor Oscar Leonardo Rincón Luis, a través de la Resolución N.º 433 del 2016 (fls. 130 a 131 y 180), en cargo que la demandante desempeñaba y por el cual conoció que no continuaba vinculada a la entidad demandada.

-. De igual manera se avizora, la constancia suscrita por el Delegado del Registrador Nacional del Estado Civil, calendada del 8 de junio de 2018 (fl. 197), mediante la cual se indica que desde 1999, la entidad demandada no ha realizado concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa (fl. 197).

5.2 Frente al cargo de la caducidad

Como quiera que la parte demandada dentro del recurso de apelación plantea **la existencia del fenómeno jurídico de la caducidad**, a continuación procede la Sala a señalar que el fenómeno jurídico de la caducidad tiene su fundamento en la necesidad del Estado de imprimirle estabilidad a las situaciones jurídicas, una vez expedidos sus actos y que puedan llegar a ser anulados en cualquier tiempo; por ello, el fin de la caducidad es el de preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser ejercido, con el propósito de darle firmeza a las situaciones jurídicas. Sobre tales aspectos el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*“(...) En la caducidad deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Dicho término está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. **Es por lo anterior que no puede ser materia de convención** antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse. La facultad potestativa de accionar comienza con el plazo prefijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, improrrogable. **El fenómeno de la caducidad de las acciones judiciales opera de pleno derecho, contiene plazos fatales no susceptibles de interrupción ni de suspensión**”³¹ (Destacado por la Sala).*

En tal sentido, en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el numeral 2º del literal d) del artículo 164³² de la Ley 1437 de 2011 establece que el término para la presentación de la demanda en oportunidad, será de cuatro (4) meses, los cuales se contarán a partir del día siguiente a la notificación, publicación, comunicación o ejecución, según fuera el caso, y salvo las excepciones que contemple la ley.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la forma de contabilizar el término de caducidad cuando se trata de actos administrativos que desvinculan o retiran del servicio a un empleado, explicando que en aras de materializar el acceso a la administración de justicia, la caducidad en tales asuntos, se cuenta a partir del momento en que se produce el retiro definitivo del servicio, por cuanto es allí en donde surge el interés de quien resulta afectado en su derecho con la

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente 16207, M.P.: Miryam Guerrero de Escobar.

³² “ART. 164.- Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...) d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”. (Destacado por la Sala).

ejecución de la decisión definitiva de la administración de terminar el vínculo legal y reglamentario.

Así, en providencia del 29 de agosto de 2018³³, la citada Corporación indicó:

*"(...) Bajo este criterio interpretativo, debe entenderse que el acto administrativo que **declara el retiro del servicio**, es el acto definitivo que contiene la decisión unilateral de la administración de culminar el vínculo legal y reglamentario del servidor público, salvo el que declara la insubsistencia por calificación insatisfactoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 43, numeral 2 de la Ley 904 de 2004, y la efectividad del retiro es el punto de partida para contabilizar la caducidad del medio de control. (...)*

Así las cosas, para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, el punto de partida para contar la caducidad cuando se demanda el acto por medio del cual se produce la desvinculación de un empleado, es a partir del día siguiente a aquel en que se produce el retiro efectivo del servicio." (Destacado por la Sala)

En sentencias del 10³⁴ y del 24³⁵ de octubre de 2018, ampliamente la Alta Corporación, explicó:

"(...) Para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento, cuando se trata de actos administrativos que implican el retiro del servicio, el momento de la desvinculación, resulta ser de trascendental importancia teniendo en cuenta que marca el límite temporal de terminación de la vinculación laboral con la entidad y bajo ese entendido, es allí donde se materializa para el interesado la lesión a su derecho subjetivo. (...)

De lo anterior se puede concluir que el término de caducidad cuando se trata de asuntos como el que ahora ocupa la atención de la Subsección, no se contabiliza a partir de la notificación o comunicación del acto administrativo, sino a partir del día siguiente a la ejecución de la decisión, es decir, se tiene en cuenta la fecha en que materialmente se produjo la desvinculación del servicio.

Así las cosas, el acto de ejecución constituye una consecuencia jurídica directa de la decisión de desvinculación del servidor, toda vez que por regla general es el mecanismo mediante el cual ésta se hace efectiva y delimita claramente los extremos temporales de la relación laboral, además dicha tesis permite materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (...)" (Destacado por la Sala)

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01100-01(1083-18)

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25001-23-42-000-2017-01077-01(4418-17)

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00841-01(3052-16)

Finalmente, en reciente providencia del 24 de enero de 2019³⁶, el Consejo de Estado precisó:

*“(...) Bajo este criterio interpretativo, debe entenderse que el acto administrativo que **declara el retiro del servicio**, es el acto definitivo que contiene la decisión unilateral de la administración de culminar el vínculo legal y reglamentario del servidor público (...).*

Así las cosas, para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, el punto de partida para contar la caducidad cuando se demanda el acto por medio del cual se produce la desvinculación de un empleado, es a partir del día siguiente a aquel en que se produce el retiro efectivo del servicio (...).” (Destacado por la Sala)

Postura del órgano de cierre que esta Corporación en asuntos de contornos similares al aquí estudiado, con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García³⁷ y del Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo³⁸, han adoptado y de las cuales se ha enfatizado que el término de caducidad para el presente caso comenzó a correr al siguiente día del retiro efectivo del cargo.

De lo hasta aquí expuesto, se observa que no es posible contabilizar el término de la caducidad del presente medio de control en la forma en que lo alega la entidad demandada, esto es, a partir de la notificación de la Resolución 192 de 29 de abril de 2016, que nombró al accionante por el término de 3 meses, pues la jurisprudencia reseñada, ha sido clara en establecer que el término de caducidad cuando se trata de actos administrativos que desvinculan o retiran del servicio a un empleado, se contabiliza a partir del retiro efectivo del servicio.

Ahora bien, al no reposar en el expediente acto administrativo expreso de desvinculación de la demandante, resulta procedente la aplicación de la teoría de los actos tácitos, lo que se dio con el acto de nombramiento del Señor Rincón Luis, a través de la Resolución N.º 433 del 2016 (f. 180), entendido como el acto implícito del retiro de la entidad de la demandante, notificación del mismo que se surtió el 04 de agosto de 2016 (fls. 181 a 183), siendo la fecha en que la actora conoció que no continuaba vinculada a la entidad demandada.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01078-01(1042-16)

³⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 1, providencia del 30 de julio de 2015, M.P. Fabio Iván Afanador García, radicado N° 150013333005-2014-00039-01

³⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 5, providencia del 13 de septiembre de 2017, radicado 15001-33-33-009-2016-000112-01- Demandado Registraduría Nacional del Estado Civil y providencia del 10 de julio de 2019, del 10 de julio de 2019, radicado 15001-33-33-015-2016-00304-01

De lo anterior, considera la instancia que el retiro definitivo del servicio de la demandante, se produjo a partir del 05 de agosto de 2016 y atendiendo el desarrollo jurisprudencial relacionado en el acápite considerativo, con la forma de contabilizar el término de caducidad, cuando se trata de actos administrativos que desvinculan o retiran del servicio a un empleado, se encuentra que en el asunto bajo estudio, el término de los 4 meses debe contabilizarse a partir de la fecha anteriormente mencionada, esto es el 05 de agosto de 2016, fecha del retiro efectivo del servicio del demandante.

De esta manera y como quiera que mediante apoderado la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 01 de noviembre de 2016 (fls. 44-45), culminando su trámite el 14 de diciembre de 2016; los 4 meses no se cumplieron, ya que radicó la solicitud cuanto tan solo habían trascurrido dos (02) meses y veintisiete (27) días, por tanto al estar interrumpido el término hasta el 14 de diciembre de 2016, cuando obtuvo la constancia de N.º 0121 y radicó la demanda el 19 de diciembre de 2016 (fl. 50), es decir cinco (05) días después del trámite prejudicial, la parte actora estaba dentro de la oportunidad procesal legalmente establecida, para presentar la demanda.

En suma, en el presente caso y contrario a lo señalado por la parte demandada en el recurso de apelación, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO, en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, fue presentada dentro del término de caducidad previsto en el literal d numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, no existiendo prosperidad en el cargo de apelación formulado al respecto.

5.2 Frente al cargo del desconocimiento de los actos que ponen fin a la actuación administrativa.

Retomando los hechos probados, precisa la Sala que la demandante, estuvo vinculada mediante Resolución No. 192 del 29 de abril de 2015 (fls. 20-22), en el cargo de auxiliar administrativa, entre el 4 de junio de 2013 al 3 de agosto de 2016, sin que al plenario se allegara, acto administrativo expreso que la desvinculara.

No obstante, la Registraduría Nacional del Estado Civil arguye que los efectos de la Resolución 192 del 29 de abril de 2016, por el cual se surtió el nombramiento provisional discrecional de la demandante, fue a partir del 4 de mayo de 2016 y hasta por el término de tres (3) meses, teniendo como fundamento la Circular 047 de 2016 emitida por la Gerente de

Talento Humano que era de público conocimiento de todos los servidores públicos, la cual estableció que *“toda resolución de nombramiento que tenga una duración expresa, se deberá señalar que finalizará al término del mismo, sin que para ello se requiera acto administrativo ni comunicación alguna, en todo caso podrá darse por terminado en cualquier momento”*; es decir, que era suficiente dicho acto administrativo, para conocer el plazo que tenía la demandante de permanencia en la entidad y por tanto, era aquel el acto administrativo que determinaba su situación jurídica.

Al respecto retoma la Sala los apartes de la teoría del acto tácito indicada en el acápite de consideraciones y de la decisión adoptada el 18 de enero de 2018 (fls. 150 a 152), en cuanto a que el oficio N° 01705 del 17 de agosto de 2016, no podía tenerse como la respuesta de la petición elevada por la demandante, puesto que la misma fue sustentada en una circular interna de la entidad que refería aspectos y condiciones no particulares, ni le indicó en forma precisa si procedía el reintegro al cargo o si no era así, los motivos de la negativa, puesto que no satisface las exigencias legales y jurisprudenciales de dar contestación de fondo, clara, precisa y congruente con lo solicitado.

Para la Sala, tal oficio no puede tenerse como respuesta efectiva de la petición presentada por la demandante, como quiera que tampoco podía deducirse en forma clara que el mismo haya estado orientado a resolver la solicitud de reintegro, al cargo que venía desempeñando y que fue proveído con una persona que no estaba la condición de beneficiario de concurso de méritos.

Considera entonces la Sala de lo probado en el expediente que en el caso que se analiza, es evidente que no existió ni siquiera acto de desvinculación, por lo tanto, la decisión recurrida, es acertada al señalar que se trataba de un acto tácito o implícito derivado con el nombramiento del Señor Rincón Luis, a través de la Resolución N° 433 del 2016, el que consolidó la situación jurídica de la actora frente al retiro de la entidad, quedando sin piso jurídico la postura que el acto de nombramiento de la demandante, era el que había edificado la situación de derechos, al haberle señalado que su vinculación vencería en tres meses.

Así las cosas en el asunto bajo estudio, nos encontramos frente a la teoría de los actos administrativos derivados en forma tácita, postura que es acogida por la jurisprudencia, por la doctrina y que fue derivado cuando la entidad emitió el acto de nombramiento del señor Rincón Luis, expresando así el retiro de la demandante de la entidad, sin mediar

expresamente un acto motivado de terminación de la provisionalidad, omisión que se configura en la causal de nulidad de falta motivación y que conlleva a desvirtuar los argumentos del recurrente y confirmar en este aparte la decisión.

5.3 Frente al cargo del Desconocimiento de norma especial que prevalece sobre la general.

Los antecedentes jurisprudenciales y legales citados en el acápite de las consideraciones, evidencian y resaltan la necesidad de motivar los actos de retiro cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad por esa mera condición, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales.

Así las cosas, la motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, obedece a razones de índole constitucional que se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador y que concretan el debido proceso.

Como quiera que el *sub lite* y los argumentos del recurrente, giran en torno a una empleada pública vinculada a la Registraduría Nacional del Estado Civil, esta instancia en concordancia con la jurisprudencia reseñada, resalta que la naturaleza de los empleos de dicha entidad, de acuerdo con el artículo 6° de la Ley 1350 de 2009, por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial, son por regla general de carrera, por lo que el vencimiento del término establecido en el nombramiento provisional no constituye la razón del acto administrativo del retiro, porque como bien lo afirmó la Corte Constitucional en la decisión arriba reseñada el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Y en la ley 1350 de 2009, artículo 20, el legislador no exceptuó del deber de motivación al Registrador Nacional del estado Civil en los nombramientos provisionales discrecional.

En virtud de lo anterior, la actuación desplegada por la autoridad accionada no puede estar amparada por gozar de un régimen especial para denegar derechos fundamentales en los que se deben enmarcar las

garantías de igualdad o debido proceso, pues la jurisprudencia precitada, ha sido enfática y precisa en señalar independiente del régimen general o especial que la cobije, que todo acto de retiro debe ser motivado en los provisionales en cargos de carrera, así sea su nombramiento a término.

Así las cosas, al verificarse en el proceso, que la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO, ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, tenía derecho a que existiera un acto de desvinculación en donde se plasmara las razones por las cuales se había adoptado tal determinación, sin desconocer que si bien la Registraduría contaba con la potestad en virtud del literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de dos mil nueve (2009), de realizar nombramientos provisionales por un término no superior a 6 meses, ello no la eximía 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 nombramiento³⁹.

Dado entonces, que no se logró desvirtuar lo expuesto por la parte demandante en este punto de la apelación lo decidido en primera instancia, se deberá mantener incólume.

5.4 Rompimiento de la coherencia en atención a que en diversos pronunciamientos los operadores judiciales sí tuvieron en cuenta la norma especial que fija el término de nombramiento máximo y el hecho que los interesados conocían de antemano esto.

A fin de resolver este último cargo de la apelación, dirá la Sala en primera medida que los diversos pronunciamientos jurisprudenciales referidos por el apelante de juzgados y Tribunales del país, no constituyen precedente horizontal de obligatorio acatamiento, recordando que los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos en el acápite de consideraciones, permiten colegir que la Corte Constitucional cuenta con una línea jurisprudencial consolidada en la **SU-917 de 2010**, que además de reiterar que los actos de desvinculación de los servidores nombrados en provisionalidad deben motivarse atendiendo al principio de razón suficiente, también ha sido clara en establecer que el vencimiento del término no es razón suficiente para motivar en debida forma el acto de desvinculación del nombramiento provisional.

En concordancia con lo anterior, al tenor de la jurisprudencia constitucional, no cualquier motivo, como la naturaleza del

³⁹ T-221/14

nombramiento provisional, el no pertenecer a carrera administrativa, la facultad discrecional, citas jurisprudenciales o doctrinales, constituye una razón clara, detallada y precisa para la desvinculación del funcionario.

Considera entonces la Sala que el vencimiento del término del nombramiento es de aquellos que la Corte Constitucional consideró como no enmarcados dentro del principio de la "**razón suficiente**", pues no obedece a un motivo específico atinente al servicio prestado, ni a la provisión del cargo en carrera, a sanción disciplinaria o calificación insatisfactoria.

Así las cosas, el vencimiento del término del nombramiento no constituyen razón suficiente para motivar el acto de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad, ya que la postura unificada, es garantista de los principios de publicidad, respeto por los derechos de los trabajadores, debido proceso, derecho de defensa y límites por el ejercicio arbitrario del poder.

Para el caso en concreto de aceptarse que el vencimiento del término es motivo legal para dar por terminado el nombramiento porque con ello se está dando cumplimiento a la norma especial, tendría entonces que darse cumplimiento íntegro a la norma, ya que el literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009 estableció varias condiciones para el nombramiento provisional discrecional, a saber:

- El nombramiento es excepcional y sólo por razones del servicio.

-Será por un término de 6 meses improrrogables y constará en el nombramiento.

-En el transcurso de dicho término se abrirá concurso para proveer el empleo definitivamente.

Es decir, si la norma estableció el nombramiento provisional discrecional por el término máximo de seis meses improrrogables, era porque consideraba que en ese lapso la entidad debía abrir el concurso para proveer de manera definitiva el cargo. Ello implica que, de cumplirse íntegramente el contenido normativo, al empleado provisional se le terminaría su relación laboral porque su cargo pasaría a ser ocupado por un empleado de carrera administrativa, situación que se acompañaría con los criterios esbozados por la Corte Constitucional.

Sin embargo y como fue indicado en el acápite de hechos probados, la Señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO, estuvo vinculada con la

entidad en 8 oportunidades con lapsos de entre 3 y 6 meses, no cumpliéndose de manera íntegra el literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, que estableció varias condiciones para el nombramiento provisional discrecional; así, entonces, para el *sub lite*, la vinculación de la demandante independiente de que fuera a través de diferentes actos de nombramiento, los mismos eran consecutivos, muchos de ellos comenzaban al día siguiente de fijado el plazo máximo.

Además, con la misma manifestación de la entidad (fl. 197), el cargo que desempeñaba la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO, fue proveído con una persona que no ostentaba la condición de beneficiaria de concurso de méritos, ya que la demandada no había efectuado ningún concurso de méritos para proveer los cargos de carrera de la entidad, es decir desacató el régimen especial que tanto arguye desde la contestación de la demanda, como en el recurso objeto de estudio.

Por todas las anteriores consideraciones la Sala de decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá confirmará la sentencia apelada, sin embargo, atendiendo las reglas y criterios jurisprudenciales, esta instancia modificará la orden del restablecimiento del derecho, en virtud del siguiente análisis:

5.4.1 Del Restablecimiento del derecho - sentencia SU-556 de 2014

Mediante la Sentencia **SU-556 de 24 de julio de 2014**, la Corte Constitucional previó algunos límites al valor de la indemnización cuando se declara la nulidad de los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y estableció cuales son las órdenes que se deben adoptar en caso de que se declare la nulidad de un acto administrativo que resuelva el retiro de un empleado en provisionalidad sin motivación. En ese sentido, la citada corporación sostuvo lo siguiente:

*“(...) En ese contexto, desarrollando los criterios fijados por la Corte en la SU-691 de 2011, estima la Sala que la fórmula que resulta aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, **es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir.** Cabe entender que el salario se deja de percibir, cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no “deja de percibir” una retribución por su trabajo.*

(...)

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.

(...)

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

Anterior análisis que fue retomado en la SU- 874⁴⁰ del 13 de noviembre de 2014, y de la cual se destacan los siguientes apartes:

“ Conforme lo anterior, la Sala **deberá seguir el precedente sentado en la sentencia SU- 556 de 2014**, en la medida en que el presente caso coincide con el allí mismo analizado en cuanto a que **han transcurrido muchísimos años desde cuando se produjo el retiro (más de seis meses)**, e intermedió

⁴⁰ M.P MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ-

un proceso ordinario cuya resolución también tardó bastante tiempo, y en tal virtud dispondrá: (...)

- (v) *Ordenar a la Fiscalía General de la Nación pague a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el día que cumplió la edad de retiro (17 de diciembre de 2008), descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora Hermilda Sierra Jaramillo, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.(...)"*

Las decisiones de la Corte, atendieron los principios constitucionales de reparación integral, equidad y las circunstancias específicas en las que se encuentran los servidores públicos nombrados en provisionalidad, que por la naturaleza del cargo en carrera no pueden tener una expectativa de permanencia indefinida, por lo que determinó el monto de la indemnización en un límite de 24 salarios.

Así las cosas, al tenor de las anteriores condiciones y para el caso en concreto, las órdenes que se adoptaran son:

- a. El reintegro del servidor público a su empleo, siempre que el cargo que ocupaba antes de la desvinculación i) no haya sido provisto mediante concurso; ii) no haya sido suprimido; o iii) el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso, circunstancias que no se configuran en este caso, o por lo menos no hay prueba de ello, razón por la cual, el reintegro es procedente respecto de la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO.
- b. Teniendo en cuenta la ratio decidendi de la sentencia referida, la finalidad de la misma atiende al término probable en que se resuelve un proceso judicial, así, 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 superior a 24 meses de salario.
- c. A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta la ejecutoria de esta sentencia, suma de la cual se deberá descontar el valor que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante.

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia apelada en el sentido de precisar la orden, a título indemnizatorio, de pagar el equivalente a los

salarios y prestaciones dejados de percibir, sin que la suma a pagar por indemnización a reconocer exceda de veinticuatro (24) meses de salarios, en razón a que desde cuando se radicó la demanda, han pasado más de dos (2) años. En lo demás se confirmará la sentencia.

6. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, que a pesar de ser objetivo se le califica de “valorativo”⁴¹, la Sala condenará en costas a la parte demandada, por confirmarse la providencia apelada, sin perjuicio o desconocimiento que la decisión acá adoptada únicamente modificó un numeral del restablecimiento del derecho que no fueron objeto del recurso y cuya finalidad es dar precisión de la sentencia respecto de la orden del restablecimiento, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo por la primera instancia una vez quede en firme esta providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP⁴².

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el artículo segundo - numeral ii) de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, el cual quedará así:

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil a:

- (ii) A título indemnizatorio, condenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil a pagar por indemnización veinticuatro (24) meses de salario, equivalentes a prestaciones y salarios dejados de percibir, descontando de ese monto, las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora INGRY ANGÉLICA BARRAGÁN ROBAYO identificada con cédula de ciudadanía N° 1.076.653.954; precisando que la entidad condenada, solo podrá realizar estos descuentos si demuestra de forma suficiente la vinculación laboral

⁴¹ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

⁴² Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador

de la demandante en el periodo que se ordena la indemnización.
Lo anterior en atención a la sentencia SU-874 de 2014”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 27 de agosto de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

TERCERO: CONDENAR en costas de instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y los numerales 1º y 8º del artículo 365 del CGP. Para tal efecto, la primera instancia efectuará su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, conforme al artículo 366 del CGP.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013333015201600329-02
Demandante: Ingrid Angélica Barragan Robayo
Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil