

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Bogotá D.C., tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

MEDIO DE CONTROL-REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	25000-23-26-000-2011-01255-01
Actor:	GUILLERMO HERNÁNDEZ RIVEROS
Demandado:	NACIÓN RAMA JUDICIAL
Instancia:	SEGUNDA
Asunto:	ERROR JURISDICCIONAL
Sistema:	ORAL
Sentencia	SC03- 21022787

Asunto: Sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El 22 de noviembre de 2011¹, por conducto de apoderado, el señor Guillermo Hernández Riveros, presentó demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, con el fin de que se declare su responsabilidad patrimonial extracontractual, con ocasión en el presunto error jurisdiccional en el que incurrió, y formuló las siguientes las pretensiones:

1.1. Pretensiones:

*“1. Se declare la responsabilidad patrimonial extracontractual de la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, por error jurisdiccional, con ocasión de la ejecutoria de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, dentro del expediente 2005 0703602 Demandante: Guillermo Hernández Riveros Demandado: Nación - Auditoría General de la República (ejecutoriada el día 23 de octubre de 2009).*

¹ Fol. 22 c1.

2. Se condene a la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** a reconocer y pagar al demandante, o a quien represente sus derechos, a título de reparación de los perjuicios materiales, la suma probada dentro del proceso, la cual se estima como mínimo en una cuantía que no puede ser inferior al monto equivalente al de todos los salarios mínimos dejados de percibir por el demandante, con sus aumentos anuales y prestaciones sociales, entre su retiro de la Auditoría General de la República y la fecha de la Sentencia que finalice este proceso de reparación directa.

3. Se condene a la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** a reconocer y pagar al demandante, o a quien represente sus derechos, a título de reparación de los perjuicios inmateriales, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por las circunstancias de no poder confiar el demandante legítimamente en que las autoridades judiciales actúan conforme a derecho y ante la afirmación de la Administración de Justicia de que él ocupó (sic) un cargo en la Administración Pública desconociendo los requisitos establecidos por la ley.

4. Ordenar el ajuste de valor sobre las sumas causadas, conforme al artículo 178 del CCA.

5. Ordenar el pago de los intereses, en cumplimiento del artículo 177 del CCA, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el día del pago efectivo.

6. Ordenar el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA.

7. Condenar en costas y gastos del proceso a la entidad demandada.”

2.2. El 04 de octubre de 2012 el apoderado demandante presentó aclaración y corrección de la demanda, para aclarar los hechos 24 y 25; aclarar el acápite de fundamentos de derecho, y solicitar una prueba testimonial y una documental. (fol. 108 c1).

Los fundamentos fácticos de la demanda se sintetizan en los siguientes hechos:

1. El 20 de enero de 2004, mediante Resolución 0016 de 2004, el señor Guillermo Hernández Riveros fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado Grado 03 de la Gerencia Seccional II de la Planta Global de Personal de la Auditoría General de la República. El empleo en el que fue nombrado era de carrera administrativa.

2. El 28 de abril de 2005, mediante Resolución 257 de 2005, y pese a que el señor Guillermo Hernández Riveros desempeñó sus funciones en el cargo de excelente manera, que nunca tuvo llamados de atención en la Entidad y que su comportamiento fue intachable, la Auditora General de la República, declaró al señor Hernández Riveros insubsistente.
3. La Resolución por la cual fue declarado insubsistente no fue motivada.
4. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Guillermo Hernández Riveros pretendió la nulidad de la Resolución 257 de 2005.
5. El Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Bogotá D.C., mediante sentencia declaró la nulidad de la Resolución 257 de 2005, en razón a que el Acto demandado no había cumplido el requisito de motivación contemplado en la Ley 909 de 2004.
6. El 30 de marzo de 2009, en sede de apelación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.
7. A pesar de que las etapas procesales se habían agotado, el 16 de julio de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C, dictó un auto para mejor proveer donde le solicitó a la Auditoría General de la República una prueba que no tenía absolutamente ninguna vocación para probar los hechos que sustentaban la demanda ni con las pretensiones del proceso.
8. El 12 de agosto de 2009 la Entidad demandada aportó las pruebas decretadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C en el auto para mejor proveer. El Tribunal no corrió traslado de las pruebas a la parte demandante y por lo tanto la privó del derecho a controvertirlas.
9. En Sentencia ejecutoriada el día 23 de octubre de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C, revocó el fallo de primera instancia, y por tanto no accedió a las súplicas de la demanda.
10. Después de haber dictado el referido auto para “mejor proveer”, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C fundamentó su sentencia en argumentos contrarios a la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, parágrafo 2, en el Decreto 1227 de 2005, artículo 10, y en consideraciones jamás discutidas dentro del proceso.

11. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C revocó la decisión del a quo señalando que: i) el acto de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera es un acto discrecional y, por lo tanto, no debe ser motivado. Este argumento, al ser la ratio decidendi del fallo, constituyó el error judicial que causó un daño antijurídico a quien está demandando. Por si fuera poco, el Tribunal también señaló que i) Guillermo Hernández no cumplía con los requisitos para el cargo para el cual fue nombrado (debo advertir que ese acto administrativo de nombramiento no hacía parte de la controversia, nadie lo había demandado y nunca se discutió dentro del proceso); y ii) que correspondía a Guillermo Hernández probar que cumplía con los requisitos para el cargo, la experiencia y que debería probar que con el acto demandado no se mejoraba el servicio (esto tampoco se señaló dentro del proceso).
12. Estos argumentos empleados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, son constitutivos de error judicial.

2.3. Síntesis de los fundamentos de derecho de la demanda:

“Al analizar el fallo, resulta claro que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca:

Desconoció la legislación aplicable referente a la obligación de la Administración de motivar los actos de retiro de los empleados provisionales que ocupen cargos de carrera administrativa. Así, desconociendo el parágrafo segundo de la ley 909 de 2004 señaló, arbitrariamente, que el retiro de los provisionales era discrecional mientras que la ley señala que debe ser motivado. En consecuencia, se configura el error judicial normativo, toda vez que el tribunal (sic) dejó de emplear la normatividad aplicable al caso, con lo cual su conducta fue contraria a la ley.

Por si fuera poco, el tribunal también que Guillermo Hernández no cumplía los requisitos para el cargo y que esta razón era también suficiente para revocar la sentencia apelada. Debemos señalar que si esto hubiese sido cierto, aunque no lo era, debió haber sido expresado en el acto demandado porque dicho acto debía ser motivado.

(...)

2. Al aplicar el principio “Iura Novit Curia”, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca violó y desconoció la presunción de legalidad de un acto administrativo que no hacía parte del litigio”

Resulta claro que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tuvo en cuenta en su fallo el supuesto incumplimiento por parte de Guillermo Hernández de los requisitos para ser nombrado en el cargo de Profesional Especializado, grado 03, de la Gerencia Seccional II, de la Planta Global de Personal de la Auditoría General de la República.

En otras palabras, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció los efectos del acto administrativo del nombramiento de Guillermo Hernández violando la presunción de legalidad que cobija a este acto administrativo.

(...)

3. El Tribunal violó los principios procesales que determinan quién tiene la carga de la prueba.

En este orden, igualmente violatorio de todo principio procesal y probatorio el argumento del Tribunal donde señaló que Guillermo Hernández debía probar en el proceso que cumplía con los requisitos para el cargo al que fue nombrado.

(....)

Frente a esta afirmación, es necesario anotar, como ya se ha sostenido, que la entidad, al tener la obligación legal de motivar el acto y no hacerlo, privó a Guillermo Hernández de la garantía de conocer las razones de su insubsistencia violando así el principio de publicidad de la función administrativa y su derecho de defensa. En este sentido, al poner al señor Hernández en situación de indefensión constitucional, la carga de la prueba para demostrar la mejora del servicio debe estar a cargo de la entidad pues sería imposible exigir al demandante controvertir unas razones que desconoce! Además, para obtener la nulidad del acto desvinculación, al señor Guillermo Hernández le bastaba con demostrar que este no fue motivado (sólo a ello se circunscribía su carga probatoria, la cual cumplió a satisfacción).

(...)

4. Al violar la presunción de legalidad del acto administrativo de nombramiento del señor Guillermo Hernández, el Tribunal desconoció la ley que reconocía las equivalencias para ocupar cargos en la Auditoría General de la República y el hecho de que mi mandante cumplía suficientemente con los requisitos para acceder al cargo de profesional especializado.

(...)

5. La personas que fue nombrada en mi reemplazo no cumplía con los requisitos para ocupar el cargo.”

II. TRÁMITE PROCESAL

- 2.1. El 06 de julio de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda², y el 05 de marzo de 2013 se admitió su aclaración y corrección.³
- 2.2. **El 04 de octubre de 2012 el apoderado de la Dirección Ejecutiva contestó la demanda** (fol. 128-133 c1), se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:
- Ausencia de causa para demandar: Por cuanto del concepto de error jurisdiccional, desarrollado por la ley y la jurisprudencia ya citada, se desprende que en el presente caso no hay lugar a la configuración de tal título de imputación.
 - Excepción innominada.

Con posterioridad, el 31 de mayo de 2013, por conducto de apoderada, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, contestó la aclaración y corrección de la demanda, y se ratificó en sus argumentos de oposición.⁴

- 2.3. El 22 de octubre de 2013 se decretaron las pruebas del proceso. (fol. 155-156 c1).
- 2.4. Con auto del 02 de septiembre de 2014 se corrió traslado para alegar de conclusión, sin embargo, toda vez que aún quedaban pendientes pruebas por practicar, tal proveído fue revocado.
- 2.5. Practicadas las pruebas, con auto del 12 de septiembre de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión. (fol. 226 c1).

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- 3.1. Alegatos de conclusión Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fol. 190).**

El 26 de septiembre de 2019⁵, el apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se ratificó en la oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y reiteró los argumentos de defensa.

² Fol. 101 c1.
³ Fol. 138-139 c1.
⁴ Fol. 143-145 c1.
⁵ Fol. 230-238 c1.

3.2. Alegatos de conclusión parte demandante.

El 30 de septiembre de 2019 el apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión y expuso⁶ que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda había incurrido en error judicial en la sentencia del 27 de agosto de 2009 proferida en el proceso radicado No. 2005-07036-02, debido a que: (i) aplicó el principio “*iura novit curia*” contra el administrado víctima de la irregularidad de la administración, (ii) desconoció la presunción de legalidad del acto administrativo de nombramiento del entonces demandante, (iii) desconoció las reglas sobre la carga de la prueba, (iv) desconoció las normas que establecen las equivalencias para ocupar cargos en la Auditoría General de la República, (v) omitió que la persona nombrada en el mismo cargo no cumplía los requisitos, (vi) violó la normatividad y el precedente aplicables acerca del deber de motivar los actos de retiro del servicio de los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, y (vii) lo más arbitrario, sobre un caso de similitud fáctica y jurídica falló en sentido contrario.

3.3. El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 80 del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la encargada de juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, por lo que en el presente caso, a esta Jurisdicción se le atribuyó conocer de los conflictos surgidos por la acción u omisión de la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Ahora, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 132 y del artículo 134 del CCA, en contraste con el título de imputación consistente en error judicial contemplado en la Ley 270 de 1996, así como por la admisión de la acción con proveído del 06 de junio de 2012, y teniendo en cuenta el domicilio de las Entidades demandadas, es competente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para resolver el presente asunto.

4.2. Caducidad de la acción.

El numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que el término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho u operación, o el acaecimiento de la omisión administrativa.

⁶ Fol. 228-229 c1

“ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989 , Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones.

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.”

La demanda fue radicada el 22 de noviembre de 2011⁷, y tiene como fundamento, el presunto error judicial contenido en la sentencia del 27 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C, la cual quedó ejecutoriada el 23 de octubre de 2009.⁸

Ahora, relevante para el caso, el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009 prescribe:

“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los Agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta: a) que se logre el acuerdo conciliatorio, b) se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, c) se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud, lo que ocurra primero”.

Obra en el expediente constancia de no conciliación expedida por la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa del 27 de septiembre de 2011, en la que se da cuenta que la parte activa solicitó conciliación prejudicial el 25 de agosto de 2011.

Así las cosas, teniendo en cuenta el tiempo de suspensión en razón del trámite de conciliación prejudicial, se tiene que la demanda fue presentada dentro del término bialenal contemplado en el artículo 136 del CCA, y que, por lo tanto, no se configuró la caducidad de la acción de reparación directa.

4.3. Legitimación en la causa.

4.3.1. Por activa.

Se encuentra legitimado en la causa por activa el señor Guillermo Hernández Riveros, en razón a que él fue la parte demandante en el proceso 2005-07036, y en el que se profirió la sentencia presuntamente contentiva de error judicial, la cual fue adversa a sus pretensiones.

⁷ Fol. 22 c1
⁸ Fol. 81 vto.

4.3.2. Por pasiva.

La doctrina y la jurisprudencia han diferenciado la legitimación de hecho de la legitimación material en la causa, señalando que la legitimación de hecho es la relación procesal entre el demandante y el demandado, en virtud de la pretensión de la demanda y se constituye una vez se notifica el auto admisorio, puesto que a partir de este momento se pone en conocimiento de la parte demandada la atribución de la responsabilidad por acción u omisión que plantea la parte demandante, fundamento de sus pretensiones, y la legitimación material en la causa se configura con la participación real en los hechos que fundamentan la demanda.

La distinción aludida, ha sido explicada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo de la forma en que sigue:

*“La legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante - legitimado en la causa de hecho por activa - y demandado - legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción. Por su parte, la legitimación material supone **la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso **no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo,** evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁹.*

En suma, un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente está legitimado materialmente, ya que ésta solamente es predicable se reitera, de quienes tienen un derecho cierto que habilita el ejercicio de la acción a los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella

⁹ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que *“... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

*realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra parte*¹⁰¹¹.

Así las cosas, se encuentra legitimada en la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por ser la autoridad contra quien deben dirigirse las demandas por los títulos de error judicial o de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

V. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

5.1. Problema jurídico.

La Sala debe determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C, incurrió en un error judicial al haber proferido la Sentencia del 27 de agosto de 2009, por medio de la cual se revocó el fallo de instancia y se negaron las pretensiones del señor Guillermo Hernández Riveros en el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho 2005-07036-02, al haber adoptado la tesis consistente en que los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera, no estaban obligados a indicar de manera expresa sus motivos.

5.2. Tesis.

Es tesis de la Sala que la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al proferir la sentencia del 27 de agosto de 2009, no incurrió en un error judicial, en los términos de haber expedido una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico, ni mucho menos constituyó **“una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso”**, pues la Jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado para aquel tiempo, aplicaba la tesis que sostuvo el Tribunal, según la cual, los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados a indicar de manera expresa sus motivos.

VI. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO – RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como **“aquel que es producto**

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: *“La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 26 de abril de 2017, Rad. No. 2003-00130-01(32765).

de una actividad ilícita del Estado, sino como el 'perjuicio' que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo¹², siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública¹³.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

El error jurisdiccional como escenario de responsabilidad está previsto en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que en el artículo 65 establece que quien haya sido víctima de un error de esta naturaleza podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. El artículo 66 de esa norma definió el error jurisdiccional como aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, que se materializa a través de una providencia contraria a la ley.

La Corte Constitucional condicionó su constitucionalidad a que dicho error se materialice en una providencia judicial y a que encuadre dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como una "vía de hecho"¹⁴. Tesis que también ha sido acogida por el Consejo de Estado, como en la Sentencia del 06 de marzo de 2013 dentro del radicado interno 24841, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

"La presente disposición se ocupa de definir, en ejercicio de la competencia propia del legislador estatutario, qué se entiende por error jurisdiccional, el cual, de producirse, acarreará la consecuente responsabilidad del Estado. Sea lo primero advertir que la presente situación, como lo señala la norma, se materializa únicamente a través de una providencia judicial; es decir, cualquier otra actuación de un administrador de justicia, así sea en ejercicio de sus labores públicas, deberá ser evaluada a la luz de la responsabilidad del Estado en los términos de la Constitución y la ley, y no dentro de los parámetros que en esta oportunidad ocupan la atención de la Corte.

En segundo lugar, debe decirse que el error jurisdiccional no puede ser analizado únicamente desde una perspectiva orgánica como parece pretenderlo la norma bajo examen. Por el contrario, la posible comisión de una falla por parte del administrador de justicia que conlleve la responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ *Ibidem*: "Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas."

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996 [fundamento jurídico vi].

los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art. 228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacía la autonomía funcional del juez. **Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas - según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio.** En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”. Sobre el particular, la Corte ha establecido:

“Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.”

“Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.

En otro pronunciamiento, relacionado también con este mismo tema, la Corte agregó:

“En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho.

“En tales casos, desde luego, el objeto de la acción y de la orden judicial que puede impartirse no toca con la cuestión litigiosa que se debate en el proceso, sino que se circunscribe al acto encubierto mediante el cual se viola o amenaza un derecho fundamental”.^[40] (Subrayas y negrillas de la Sala).

De acuerdo con dicha disposición, tal como quedó después de su condicionamiento de constitucionalidad, el estudio de responsabilidad debe realizarse desde una perspectiva funcional, que reconoce la autonomía del juez. Por ello, el error jurisdiccional no corresponde a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica, sino que debe enmarcarse en **“una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso”**.

Por su parte, el artículo 67 de la misma ley dispone que para la procedencia de la reparación derivada del error jurisdiccional, es preciso que: (i) el afectado hubiere interpuesto los recursos de ley y (ii) que la providencia contentiva de error esté en firme. Los “recursos de ley” deben entenderse como los recursos ordinarios de impugnación de providencias, que pueden interponerse sin sujeción a las rígidas causales que operan para los extraordinarios y que no requieren de la presentación de una demanda adicional¹⁵.

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado en Sentencia del 19 de julio de 2018 radicado interno 41392 con ponencia de la Magistrada María Adriana Marín consideró:

*“El error del juez radica en la valoración **abiertamente equivocada de los medios probatorios** que obraban en el proceso **o la inobservancia de un elemento normativo decisivo e incidente en el proceso**, lo cual conlleva a la incorrecta aplicación de la disposición jurídica al caso de su conocimiento y, por tanto, a proferir en aquella una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico.”*

VII. CASO CONCRETO

Se encuentran las siguientes pruebas y hechos acreditados relevantes para la resolución del recurso de apelación interpuesto:

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Rad. 13.164 [fundamento jurídico 3].

1. Copia de la Resolución Ordinaria No. 0016 del 20 de enero de 2004, por medio de la cual se nombró provisionalmente a Guillermo Hernández Riveros en el cargo de Profesional Especializado Grado 03 de la Gerencia Seccional II con sede en Bogotá, de la Planta Global de Personal de la Auditoría General de la República. (fol. 83 c1, y c2 pruebas).
2. Copia de la Resolución Ordinaria No. 257 del 28 de abril de 2005, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de Guillermo Hernández Riveros, del cargo de Profesional Especializado, grado 03, de la Gerencia Seccional II, con sede en la ciudad de Bogotá, de la Planta Global de la Auditoría General de la República, a partir del 02 de mayo de 2005. (fol. 82 c1, y c2 pruebas).
3. Copia de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la que se pretendía la nulidad de la Resolución 257 de 2005. (fol. 85-91 c1, y c2 pruebas).
4. Copia de la sentencia del 06 de agosto de 2008 proferida por el Juzgado Deciséis (16) Administrativo de Bogotá D.C., mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 257 del 28 de abril de 2005, expedida por la Auditora General de la República, con la que se declaró insubsistente al señor Guillermo Hernández Riveros, identificado con la c.c. 19.363.721 de Bogotá, del cargo de Profesional Especializado Grado 03 de la Gerencia Seccional II con sede en Bogotá, de la Planta Global de la Auditoría General de la República. (fol. 38-50 c 1, y c2 pruebas).
5. Copia del auto para mejor proveer del 16 de julio de 2009 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2005-07036-02, proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fol. 4 c2 pruebas). En aquella providencia se consideró:

“Encontrándose el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia de segunda instancia, la Sala encuentra necesario para efectos de decidir sobre las pretensiones de la demanda, requerir a la Auditoría General de la República de manera URGENTE para que en el término de diez (10) días hábiles, aporte copia de la sección pertinente del acto administrativo que contenga el Manual Específico de Funciones y Requisitos de dicha entidad, en la cual se indiquen los requisitos establecidos para el cargo de Profesional Especializado Grado 03 de la planta global, vigente para la época en que el actor tomó posesión de dicho cargo y también el que se encontraba produciendo efectos para el momento en que fue nombrada la doctora Cecilia del Socorro Villalba Mosquera. Así mismo, se solicita que sea allegada copia de la hoja de vida de la señora Cecilia del Socorro Villalba Mosquera, en donde se indique el cumplimiento de los estudios y (... ilegible).

6. Oficio de agosto de 2009, con el que la Auditoría General de la República allegó al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2005-07036-02¹⁶:
(i) la copia de la sección pertinente de la Resolución Orgánica No. 014 del 27 de agosto de 2002, contentiva del Manual Específico de Funciones y Requisitos, para los empleos de la Auditoría General de la República, la cual se encontraba vigente para el 20 de enero de 2004, fecha en la que tomó posesión el acto de la demanda, como para el 11 de julio de 2005, fecha de posesión de la Dra. Cecilia del Socorro Villalba¹⁷.
7. Copia del formato único de hoja de vida de la señora Cecilia del Socorro Villalba Mosquera y soportes. (fol. 43-54 c2 pruebas9).
8. Copia de la sentencia del 27 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C, mediante la cual se revocó la sentencia del 06 de agosto de 2008, emitida por el Juzgado 16 Administrativo de Bogotá D.C., dentro del proceso promovido por el señor Guillermo Hernández Riveros contra la Nación – Auditoría General de la República. (fol. 68-80 y c2 pruebas). Las consideraciones de la sentencia a la que se le reprocha el error son las siguientes:

“(…)

Al respecto la Sala precisa:

Según lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, para gozar de los derechos y prerrogativas que otorga el sistema de la carrera administrativa, es indispensable el ingreso al cargo que pertenezca a dicha categoría, una vez superadas las etapas propias del concurso de méritos.

En el caso de autos se encuentra acreditado en relación con la vinculación laboral del demandante lo siguiente:

El señor Guillermo Hernández Riveros se desempeñó con carácter de supernumerario en el cargo de Profesional Especializado Grado 03, de la planta global de la Auditoría General de la República, desde el 20 de noviembre de 2003 hasta el 19 de enero de 2004, cargo para el cual fue nombrado en virtud de la Resolución No. 715 de 2003. (fls. 16 a 17 C.2).

Posteriormente el actor fue nombrado provisionalmente en el cargo de Profesional Especializado, Grado 03, de la Gerencia Seccional II, de la planta global de la citada entidad mediante la Resolución No. 016 de 2004 (fol. 42 C.2). Del mismo tomó posesión el 26 de enero de 2004, según se desprende del Acta No. 765 obrante a folios 43 a 44 del Cuaderno No. 2.

¹⁶ Fol. 92.

¹⁷ Fol. 93-99 c1.

Reposa a folio 82 del Cuaderno No. 2, copia de la Resolución No. 257 del 28 de abril de 2005, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Profesional Especializado Grado 03, de la Gerencia Seccional II, a partir del 02 de mayo de 2005.

De igual manera aparece la comunicación del 16 de octubre de 2001, por medio de la cual la Directora de Talento Humano (e) le informó de la decisión vertida en el acto administrativo anterior (fl. 2 C.1).

Conforme lo señalado, la Sala advierte que para la fecha del retiro del servicio el demandante no ostentaba derechos de carrera administrativa, ya que fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Profesional Especializado Grado 03, sin mediar concurso de méritos.

En esta perspectiva es claro que al actor no le esta dado invocar la aplicación de las disposiciones normativas que consagran las causales y el procedimiento para el retiro de los empleados que pertenecen al sistema de la carrera, pues ha quedado establecido que no ostentaba privilegios y prerrogativas inherentes a ella.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que los planteamientos del actor no podían ser fundamento para acceder a las pretensiones, pues la situación de encontrarse desempeñando un cargo que considerado de carrera administrativa, no confiere por sí misma los derechos de estabilidad propios de este sistema, aspecto este sobre el cual la parte activa centró sus argumentos.

Así las cosas es claro que el análisis del A quo resulta desenfocado pues pese a encontrarse acreditado con el acervo probatorio que el accionante no estaba escalafonado en el cargo de Profesional Especializado Grado 03, terminó aplicando disposiciones que regulan el retiro del servicio de los empleados de carrera sin armonizar el contenido del parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las previsiones de los artículos 27 y siguientes del Título V de dicho estatuto, relativo a ingreso y ascenso a “empleos” de carrera; es claro para la Sala que al ser el demandante un empleado en provisionalidad, el nominador podía hacer uso de su facultad discrecional para proceder a su desvinculación y si los argumentos del extremo activo sobre la violación normativa, incompetencia y falta de motivación hubieran estado referidos al ejercicio de dicha facultad, resultaba entonces procedente centrar el análisis de legalidad sobre tales aspectos.

*El segundo cargo de violación lo hace consistir el actor en la supuesta violación de lo previsto en el artículo 36 del C.C.A., pues a su juicio la entidad demandada ordenó el retiro de un excelente y experimentado empleado, de acuerdo con su hoja de vida en la que puede constatar que contaba con experiencia de 17 años en diferentes entidades oficiales, **amplia formación académica**, múltiples capacitaciones en seminarios y ningún reparo, objeción o requerimiento escrito en relación con su desempeño laboral.*

La causal aludida exigía de la parte actora la carga probatoria de demostrar no sólo el excelente desempeño en sus labores y la experiencia mencionada, sino además el supuesto básico de contar con la formación académica mínima requerida para el ejercicio del empleo, situación que no se dio,

quedando por el contrario en evidencia con el material probatorio recaudado, la omisión en el cumplimiento de las exigencias académicas correspondientes al cargo.

En efecto, se observa a folios 150 a 156 del cuaderno principal, documental que contiene el acápite pertinente del manual de funciones de la Auditoría General de la República (Resolución orgánica 014 del 27 de agosto de 2002), vigente para la época de ingreso del actor, que los requisitos académicos para el desempeño de Profesional Especializado Grado 03 en el área de Gerencia Seccional, corresponden a “Título de formación universitaria o profesional en derecho, economía, contaduría, finanzas, administración pública, financiera o de empresas, ingeniería industrial, de sistemas, o civil, arquitectura y psicología y zootecnia y título de formación avanzada o de posgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo.”, sin que se contemple equivalencia alguna respecto de tales exigencias.

Por su parte, de la hoja de vida del demandante (fls. 6 a 18 C.1 y 1 a 106 C.2) se extracta que aquel acredita formación profesional de abogado y certificados de cursos y diplomados relacionados con operaciones de seguridad y procedimientos de inteligencia, pero no cuenta con título de formación avanzada o postgrado en un área relacionada con las funciones del cargo¹⁸, aspecto este que fue planteado en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

Conforme lo anterior es claro que el accionante no cumple a cabalidad los requisitos de formación académica exigidos en el manual de funciones para el desempeño del cargo de Profesional Especializado Grado 03, circunstancia que en criterio de la Sala impide desde todo punto de vista la prosperidad de los cargos de nulidad formulados.

*Según lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹ “La designación que hace la administración de quien no reúne los requisitos constituye no sólo una situación irregular en que incurre la administración, dada la prohibición legal de efectuar esta clase de nombramientos, sino que comporta una clara afrenta a los fines del servicio que no puede ser sometido al desempeño de quien no ha alcanzado los requerimientos académicos y de experiencia que la función encomendada dispone (...) **No puede inferirse un desmejoramiento en la prestación del servicio respecto de una persona que no acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, supuesto que legitimaba su permanencia en el servicio**”. -Se resalta-*

Los lineamientos expuestos permiten concluir que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda y en esas condiciones deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad que cubija al acto administrativo demandado.

En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia (...)

¹⁸ Ver certificación suscrita por el Secretario General de la Auditoría General de la República de folio s87 a 88 del C.2.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, sentencia del 10 de agosto de 2006, número interno: 5158-2005, actor: Jenny Hernández Daza, C.P.: Alberto Arango Mantilla.

9. Testimonio de la señora Ana Yalima Pardo Flórez (fol. 168-169 c1), quien, frente a la afectación de la relación entre el demandante y su esposa por la declaración de insubsistencia, manifestó que tuvieron que acudir a ayuda psicológica. Respecto de la revocatoria del fallo por parte del Tribunal, el demandante tuvo una recaída anímica y física mucho peor que la inicial, al punto que toda la familia temió por reacciones fatales, volvió a necesitar terapia, tuvieron que reforzar los tiempos en los que estaban con él, la situación familiar se tornó insostenible, y entraron en un estado de desesperación total. El demandante tuvo riesgo de separación con su esposa.
10. Testimonio de Guillermo Alejandro Hernández Pardo. (fol. 170-171 c1).
11. Testimonio de Jaime Hernando Hernández Pardo. (fol. 172-173 c1).
12. Copia del expediente 2006-00062-01 de Jairo Tovar Garcés contra el Distrito Capital de Bogotá. Del expediente se cita la Sentencia del 06 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C²⁰:

“(…)

Corolario de lo anterior, es que el cargo ocupado por el actor era de carrera administrativa, y como en el expediente no se encuentra prueba alguna que permita inferir la aprobación de un concurso de méritos por parte del actor para acceder a dicho cargo, fácilmente se colige que su vinculación era en provisionalidad.

(…)

Con esta consagración legal, no hay duda que la nueva norma llena el vacío legal que existía en vigencia de la Ley 443 de 1998, mismo que provocó dos interpretaciones disímiles entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mientras que el primero con serias razones dijo que tales actos no requieren motivación expresa puesto que se presume el motivo de buen servicio e interés general; la Corte Constitucional, en sede de tutela, encontró obligante la motivación expresa en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa conforme al artículo 29 constitucional.

En conclusión, de la lectura de la norma transcrita, se colige sin mayor esfuerzo que la ley dispuso que el retiro de los empleados que ejercen cargos de carrera y en dicha expresión están comprendidos los de propiedad y los de provisionalidad, deben ser motivados, pues la norma no distingue entre quienes superaron el concurso de méritos y se encuentran inscritos en el

²⁰ Fol. 453-460 c. expediente 20006-00062

escalafón de carrera administrativa y los que sólo se encuentran vinculados en forma temporal, por haber sido vinculados en provisionalidad.

Y respecto de la obligación de motivación expresa, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia había señalado su justificación. En sentencia t-1112 de 2008, el máximo Tribunal Constitucional dijo:

(...)

Bajo esta orientación sobre la obligación que hoy es legal, encuentra la Sala entonces, que la ausencia de motivación expresa, restringe el ejercicio del derecho de defensa del actor acerca de los motivos específicos de buen servicio que tuviere la entidad para su retiro, además de vulnerar lo dispuesto claramente por la Ley 909 de 2004.”

De acuerdo con las anteriores pruebas, la Sala realizará el siguiente análisis:

7.1. El daño antijurídico.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, la Sala, de conformidad con la Jurisprudencia²¹ y la Doctrina²² señala que se trata de la lesión, menoscabo, deterioro o afectación de un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado de una persona, que no tiene el deber jurídico de soportar.

En ese orden, para que un daño derivado de una decisión judicial revista antijuridicidad y sea imputable a la Rama Judicial, se requiere que, (i) el afectado hubiere interpuesto los recursos de ley, (ii) que la providencia esté en firme, y (iii) que la providencia sea constitutiva de error jurisdiccional.

Relativo a los dos primeros requisitos, se colige que contra la sentencia del 27 de agosto de 2009 a la que se endilga el error, no proceden recursos al haber sido proferida en sede de apelación. Así mismo, se encuentra en firme, de acuerdo con la constancia de ejecutoria visible a folio 81 vto del cuaderno principal.

Ahora, en cuanto al tercer requisito, que la providencia sea constitutiva de error judicial, la Sala reitera que tal estudio debe realizarse desde una perspectiva funcional, que reconoce la autonomía del juez. Por ello, el error jurisdiccional no corresponde a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica.

En el sub-exámene se debate si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C, incurrió en error judicial, al haber proferido la sentencia del 27 de agosto de 2009, mediante la cual revocó la sentencia del 06 de agosto de 2008, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Bogotá D.C., dentro del proceso promovido por el señor Guillermo Hernández Riveros contra la Nación-

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

²² Orjuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pag. 51.

Auditoría General de la República, y en su lugar, dispuso negar las pretensiones de la demanda.

El problema jurídico que resolvió la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se contrajo a determinar si una persona nombrada en provisionalidad en un cargo que es de carrera administrativa, podía declararse insubsistente con un acto administrativo carente de motivación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del parágrafo 2º inciso 1º de la Ley 909 de 2004.

Es relevante para la resolución del caso concreto, reiterar que la reciente Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el error del Juez se presenta cuando: (i) realiza una valoración **abiertamente equivocada de los medios probatorios** que obraban en el proceso, o (ii) inobserva **un elemento normativo decisivo e incidente en el proceso** lo cual conlleva a la incorrecta aplicación de la disposición jurídica al caso de su conocimiento y, por tanto, a proferir en aquella una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico.²³

En ese orden, esta Sala debe determinar si hubo una inobservancia de un elemento normativo decisivo en el proceso que conllevó a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la incorrecta aplicación del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y por tanto, a proferir una sentencia contraria al ordenamiento jurídico.

Al respecto, el mencionado parágrafo, establece:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”
(Subrayas y negrillas de la Sala).*

No obstante, tal y como lo ha considerado esta Sala de Subsección, en reiteraros pronunciamientos, como en la Sentencia del 27 de enero de 2021 con ponencia del Magistrado José Élvor Muñoz Barrera, en el radicado 2011-01342, para el año 2009, no existía una posición uniforme en la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, tanto de los Tribunales como del Consejo de Estado. Al respecto, esta Sala ha considerado:

²³ Consejo de Estado en Sentencia del 19 de julio de 2018 radicado interno 41392 MP Magistrada María Adriana Marín

“Entonces, se tiene que en principio el Consejo de Estado al estudiar la situación de personas que ingresaban a prestar su servicio de forma provisional al Estado, había acogido la tesis de que aquellos ostentan una posición diferente a las personas vinculadas bajo el régimen de carrera, pues aquellos no ingresan mediante el respectivo concurso de méritos, sino de forma “discrecional”, por lo tanto, no requerían de un procedimiento ni una motivación para su ingreso, como tampoco para su desvinculación, pues la misma podía seguir igual procedimiento. En este orden, este alto tribunal unificó criterio “(...) acogiendo la tesis que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”²⁴

Claro está, dicha línea aplicó para los actos administrativos expedidos en vigencia de la Ley 443 de 1998, en donde se podía disponer de los cargos en provisionalidad de forma discrecional, sin expresar las causales de retiro, es decir, no requería ser motivado.²⁵

*Posteriormente, se expidió la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” la cual contempló en su artículo 41, parágrafo 2º, que el retiro **de los empleos de carrera deberá realizarse mediante acto motivado**, mientras que la remoción en empleos de **libre nombramiento y remoción** no necesita acto administrativo motivado.*

*Por su parte, el Decreto 1227 de 2005²⁶, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley anterior y el Decreto Ley 1567 de 1998, previó en sus artículos 9 y 10 que “De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, **en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera**, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron” y “**Antes de cumplirse el término de duración del encargo**, de la prórroga o del nombramiento provisional, **el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados**”.*

Es decir, a partir de la expedición de esta reglamentación se impuso la carga o deber de los funcionarios de motivar los actos de insubsistencia respecto a los empleados provisionales que se encontraban ocupando un cargo de carrera administrativa.

***No obstante, esta interpretación no fue tan clara pues la jurisdicción Contencioso Administrativa, seguía sosteniendo que los actos administrativos que declaraban insubsistente a un provisional no requerían ser motivados, y sólo con sentencia del 23 de septiembre de 2010²⁷**, se procede a realizar la distinción entre las normas que gobernaban el acto administrativo de insubsistencia, para efectos de determinar si era o no obligatorio su motivación, sobre el particular se sostuvo:*

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: Doctor Tarsicio Cáceres Toro, sentencia de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003) Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01. Ref. 4972-01.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010) y radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

²⁶ El Decreto 1083 de 2015 lo derogó.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

*“(…) Para resolver este cuestionamiento, debe la Sala acudir a su jurisprudencia y a las disposiciones normativas que puedan indicar una solución viable. Así, era criterio único de esta Corporación entender que los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados indicar de manera expresa sus motivos, pues de cierta forma tal condición se asimilaba a la de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción que no necesitan motivación. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, y en aplicación del artículo 41 parágrafo 2, resulta que “es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”, **lo cual, ha llevado a la Sección Segunda del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo²⁸ a reconocer recientemente que debe hacerse distinción entre las normas que gobiernan el acto administrativo en cuestión, dado que, si aquel fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 por existir disposición expresa, existía la obligación de motivar el acto administrativo²⁹***

En igual sentido, y en una acción de repetición se pronunció este alto Tribunal, así:

“ Para la época en que Hernando Julio Cabarcas Antequera profirió la resolución de insubsistencia -8 de julio de 2005- [hecho probado 12.2], la jurisprudencia contencioso administrativa no tenía un criterio definido respecto de la necesidad de motivación del acto de desvinculación de los empleados en provisionalidad. Tanto así, que la sentencia del 5 de abril de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Bogotá negó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por José Luis Rojas Reyes, al estimar que el nombramiento en provisionalidad no otorgaba estabilidad pues esta solo se predicaba para el personal que ingresaba mediante concurso [hecho probado 12.3]. Posteriormente, en sentencia del 4 de agosto de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que mantenía la tesis de la no motivación del acto³⁰ y finalmente en sentencia del 23 de septiembre de 2010, esa sección unificó su criterio y señaló que el acto de desvinculación siempre debía motivarse³¹” ³² negrilla fuera de texto. ” (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera-Subsección C, Sentencia del 27 de enero de 2021 Magistrado Ponente José Élver Muñoz Barrera, 2011-01342).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Referencia N° 2005-01341-02. Actor: María Stella Albornoz Miranda.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01401-00(AC)

³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. 0319-08 [fundamento jurídico párrs. 93 a 109].

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de septiembre de 2010, Rad. 0883-08 [fundamentos jurídicos II y III].

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00172-00(60564)

En el sub-exámene, se enfatiza entonces, que solo a partir de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2010, era criterio único de esa Corporación entender que *“los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados indicar de manera expresa sus motivos, pues de cierta forma tal condición se asimilaba a la de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción que no necesitan motivación”*; tanto así, que en sentencia del 4 de agosto de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que mantenía la tesis de la no motivación del acto.

Así las cosas, esta Sala concluye que la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al proferir la sentencia del 27 de agosto de 2009, no incurrió en un error judicial, en los términos de haber expedido una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico, ni mucho menos constituyó **“una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso”**, pues la Jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado para aquel tiempo, aplicaba la tesis que sostuvo el Tribunal, según la cual, los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados indicar de manera expresa sus motivos.

Ahora, que la misma Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hubiera acogido en la sentencia del 06 de mayo de 2010, en un caso fácticamente similar, la tesis contraria, según la cual los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera estaban obligados indicar de manera expresa sus motivos, no configura un error judicial, pues tal cambio de posición obedeció a un cambio jurisprudencial del Tribunal.

La Sala, en otros procesos, ha evidenciado tal cambio jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación. Así por ejemplo, en la Sentencia del 27 de enero de 2021 Magistrado Ponente José Élvor Muñoz Barrera, 2011-01342, se advirtió:

*“La sentencia proferida el 13 de mayo de 2010 en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección “C” dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2006-148, en donde se accedieron a las pretensiones de la demanda, dentro de su parte motiva cita que la Sala ha preservado la línea jurisprudencial fijada en providencias del Consejo de Estado en el sentido de que los actos que declaran insubsistente a un provisional no requieren de aquella motivación expresa como presupuesto de legalidad, **no obstante**, en la referida sentencia cambia esta posición asumida en providencias precedentes conforme al criterio adoptado en ese mismo año por esa Sala en sentencia proferida dentro del expediente 2006- 0062.”*

De otra parte, la parte demandante señaló que, a pesar de que las etapas procesales se habían agotado, el 16 de julio de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C, dictó un auto para mejor proveer, con el cual le solicitó a la Auditoría General de la República una prueba que no tenía

absolutamente ninguna vocación para probar los hechos que sustentaban la demanda ni con las pretensiones del proceso, y que además no se corrió traslado de las pruebas a la parte demandante privándolas del derecho a controvertirlas.

Frente a tal argumento, la Sala advierte que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, facultaba a las Salas de Decisión para practicar las pruebas que consideraran necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, sin que procediera recurso alguno contra esa decisión. Ahora, el artículo 169 del CCA, no contemplaba la obligación de dar traslado de esas pruebas a las partes, además de que tales se practicaban en la oportunidad procesal de decidir, y no durante la etapa probatoria del proceso, y tenían como fin esclarecer puntos oscuros o dudosos de la controversia.

*“**ARTÍCULO 169.** Modificado por el art. 37, Decreto Nacional 2304 de 1989. En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.*

Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso. (Subrayas y negrillas de la Sala).

Con todo, que la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca hubiera proferido el auto del 16 de julio de 2009 para mejor proveer, no constituye una valoración abiertamente equivocada de los medios probatorios, ni tampoco conllevó a que se inobservara un elemento normativo **decisivo, con incidencia y determinante** para proferir una sentencia contraria a derecho. Lo anterior, en razón a que el punto neurálgico de la controversia en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, se circunscribió a determinar si era requisito de la Resolución 257 de 28 de abril de 2005, por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, el de la motivación del acto administrativo.

Por último, la Sala considera que los presuntos errores en que incurrió la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relativos al cumplimiento de requisitos del señor Guillermo Hernández Riveros, y el incumplimiento de requisitos de la señora Cecilia del Socorro Villalba Mosquera, tampoco configuran un error judicial, pues la valoración de las pruebas no fue abiertamente equivocada, por el contrario, era plausible determinar que el señor Hernández Riveros no cumplía con los requisitos para desempeñar el cargo de Profesional Especializado Grado 03 de la Gerencia Seccional II con sede en Bogotá.

Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Orgánica 014 del 27 de agosto de 2002 – Manual de Funciones de la A.G.R.-, en la que se encontraba establecido que los requisitos para el cargo de Profesional Especializado Grado 03 del Área de Gerencias Seccionales consistían en: *“Título de formación universitaria o profesional en derecho, (...) y título de formación avanzada o de posgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo.”*

Ahora, en cuanto al tópico de las equivalencias argumentadas por la parte demandante, aquellas, en virtud del artículo 8º del Decreto Ley 273 de 2000, eran aplicables, siempre y cuando el Auditor General de la República así lo dispusiera. Sin embargo, según la Resolución Orgánica 014 del 27 de agosto de 2002 – Manual de Funciones de la A.G.R.-, para el título de posgrado o de estudios avanzados no se había dispuesto ninguna equivalencia.

En consecuencia, al no haberse configurado el error jurisdiccional que la parte demandante endilgó a la Rama Judicial, el daño no resulta antijurídico y se procederá a negar las pretensiones del libelo.

VIII. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 188 del CPACA³³, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, *“la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas”*, asume categórico que la alocución *“dispondrá”*, significa: *“mandar lo que se debe hacer”*³⁴, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que conforme prescribe el artículo 103 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

³³ “CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

³⁴ Ver www.rae.es

SEGUNDO: SIN condena en costas en esta instancia.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva al Doctor Alfonso Rivera Leal identificado con cédula de ciudadanía 88.155.194 y TP 181.384 del CSJ, como apoderado de la parte demandante, en los términos del poder visible a folio 218 del expediente.

CUARTO: RECONOCER personería adjetiva al Doctor Javier Fernando Rugeles Fonseca identificado con cédula de ciudadanía 79.372.166 y TP 143.937 del CSJ, como apoderado de la demandada Rama Judicial, en los términos del poder visible a folio 222 del expediente.

QUINTO: En firme esta providencia por Secretaría liquidar las costas del proceso, entregar el remanente a la demandante y archivar el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 9).

(Firmado electrónicamente en SAMAI)

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

DRD