

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2016-00333-01
Demandante	MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO
Demandado	NACIÓN - REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL
TEMA	Insubsistencia empleado nombrado en provisionalidad
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedió la demanda y se negaron ciertas pretensiones.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

¹ Fl. 1-2.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

PRIMERA: Se declare la nulidad de la Resolución No. 098 de mayo 4 de 2016, suscrita por los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil de Cartagena, que ordenó prorrogar por dos meses el nombramiento del señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO en el cargo de Registrador Especial 0065-034.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución sin número de 4 de mayo de 2016, suscrita por el Registrador Nacional del Estado Civil, que aprueba la propuesta de los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil de Cartagena, de prorrogar por dos meses el nombramiento del señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO en el cargo del Registrador Especial 0065-034.

TERCERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016, suscrita por los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil de Cartagena, con la cual se da por terminado el nombramiento del señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO en el cargo de Registrador Especial 0065-034, a partir del 5 de julio de 2016.

CUARTA: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad el reintegro del demandante, con efectividad a partir del 5 de julio de 2016, al cargo o al que le corresponda de igual o superior categoría conforme al reglamento de la carrera administrativa especial de la Registraduría, de acuerdo a lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1350 de 2009.

QUINTA: Se ordene el pago total de sueldos y prestaciones sociales legales y extralegales, convencionales, que se paguen en la Registraduría Nacional del Estado Civil, teniendo en cuenta la prima técnica que le fuera reconocida como factor salarial, así como las primas electorales que se causen en lo sucesivo, desde la fecha de retiro, hasta el día en que efectivamente se haga el reintegro y demás haberes dejados de percibir durante el tiempo que dure la separación en el cargo; valores que deberán ser actualizados con las variaciones porcentuales del IPC (indexación), desde la fecha en que se causen y la ejecutoria de la sentencia que ordene el reintegro. Igualmente los intereses comerciales y moratorios, según artículo 195 del CPACA.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

SEXTA: Que para todos los efectos se declare que no ha habido solución de continuidad en el tiempo señalado anteriormente. (...)

3.1.2. HECHOS²

Mediante Resolución No. 349 de 21 de diciembre de 2010, aprobada con Resolución No. 13876 de 2010, el señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO fue vinculado en provisionalidad por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el cargo de Registrador Especial 0065-03, catalogado como de libre nombramiento y remoción.

Mediante Resolución No. 56 de 3 de mayo de 2013, fue nombrado por un periodo de seis (6) meses, y así sucesivamente, fue renovado su nombramiento por varios periodos más, hasta que, finalmente por medio de la Resolución No. 098 de 4 de mayo de 2016, fue nombrado por última vez, en el cargo de Registrador Especial 0065-03 de la Registraduría Especial de Cartagena.

Posteriormente, fue proferida la Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016 que desvinculó de su cargo al demandante. Por medio de oficio sin número de 23 de agosto de 2016, como respuesta a un incidente de Desacato a una sentencia de tutela resuelta por el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, la entidad demandada recalca que el cargo ocupado por el señor Vargas Anillo, era de aquellos de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, no era necesaria la motivación del Acto.

En reemplazo del demandante, fue nombrada otra persona que ingresó por primera vez a la Registraduría, mientras que por su parte, el demandante contaba con más de 5 años de permanencia en la entidad, con amplios estudios certificados y sin ningún reporte de mal servicio o mala conducta.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Con la expedición de los Actos acusados, considera el demandante, se infringieron los siguientes preceptos: 1) Constitucionales: el preámbulo y sus artículos 1, 2, 29 53, 125, 266 y 209. 2) Legales: artículos 44, 65, 66, 67 del

² Fl. 2-4.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

CPACA, artículo 6 de la Ley 1350 de 2009 y normas concordantes. Diversas sentencias transcritas de la Corte Constitucional, tales como, SU-250 de 1998, SU-917 de 2010, SU-446 de 2011, SU-556 de 2014, C-230 de 2008, SU-553 de 2010, entre otras. Igualmente enuncia algunas del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos, y la Circular No. 32 de agosto 3 de 2012 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

La parte demandante señala que el señor Marco Antonio Vargas Anillo debe ser reintegrado en su cargo, teniendo en cuenta que la falta de motivación del acto cuestionado obedeció a que inicialmente la vinculación del demandante se efectuó a través de la Resolución 13876 de 2010 en un tiempo indefinido y en esta se omitieron las presuntas especificaciones atinentes a que el cargo era de libre nombramiento y remoción, y a su vez estaba categorizado como de gerencia pública.

Precisamente, la Registraduría Nacional del Estado Civil volvió a insistir en que no se requería motivación del acto enjuiciado, por ser un cargo de libre nombramiento y remoción, luego de proferir la Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016, producto de la sentencia de Tutela que ordenó motivar el acto de insubsistencia o en su defecto, reintegrar al accionante.

De tal manera que, la parte demandante desmiente tales afirmaciones por parte de la demandada, teniendo en cuenta que se desconoció lo consignado en el artículo 6 de la Ley 1350 de 2009 y el consecuente examen labrado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-553 de 2010.

Así mismo, la parte demandante señala que en el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, dentro de la clasificación de los empleos públicos, se mencionan de manera expresa cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción, listado del cual se excluye el cargo de los registradores especiales de la Registraduría, por tal razón, alega que la parte demandada se equivoca al catalogar el cargo de esa forma.

Posteriormente en su escrito, la parte demandante realiza un recuento normativo para precisar que el cargo aludido no reviste la calidad de gerencia pública, haciendo énfasis en la Ley 909 de 2004, los decretos

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

reglamentarios y el manual de funciones de la misma Registraduría Nacional del Estado Civil.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

En su escrito de contestación, la parte demandada manifestó que en efecto, el cargo que ostentaba el demandante es de los denominados cargos de confianza, de carácter directivo de libre nombramiento y remoción, pues es el Registrador Nacional del Estado Civil quien tiene la potestad de designar a sus delegados departamentales.

Precisa la demandada que, el señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO fue nombrado en el cargo de Registrador Especial 0065-03, por medio de la Resolución No. 349 de 21 de diciembre de 2010, mientras el titular del empleo se encontraba en encargo en el empleo de Delegado Departamental 0020-04, que luego de terminado el encargo del titular del empleo, el señor Vargas Anillo fue desvinculado mediante Resolución No. 055 bis de 3 de mayo de 2013.

Nuevamente, por medio de Resolución No. 56 de 3 de mayo de 2013, fue nombrado el señor Marco Antonio Vargas Anillo en el cargo de Registrador Especial 0065-03 por un periodo de 6 meses, y luego de terminado dicho periodo, fue nombrado otra vez en su mismo cargo por otro periodo igual, mediante Resolución No. 184 de 18 de octubre de 2013.

Dicha práctica anterior, fue efectuada en reiteradas oportunidades, a través de las siguientes Resoluciones No. 137 de 28 de abril de 2014, No. 323 de 21 de octubre de 2014, No. 004 de 20 de enero de 2015, No. 067 de 10 de abril de 2015 y No. 098 de 4 de mayo de 2016, con sus respectivas resoluciones aprobatorias.

Ante la ausencia de prórroga del nombramiento, el demandante interpuso una acción de tutela contra la demandada, que mediante Sentencia de 29 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, amparó el derecho fundamental al debido proceso del accionante, y

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

ordenó expedir un acto administrativo motivando la desvinculación del señor Marco Antonio Vargas Anillo, o en su defecto, reintegrarlo en el cargo que ocupaba, siempre que el mismo no fuera provisto por concurso de méritos. La sentencia de tutela fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en providencia de 7 de septiembre de 2016.

La parte demandada insiste en afirmar que el cargo de Registrador Especial es un cargo directivo, de libre remoción, conforme a lo estipulado en el Decreto 2241 de 1986 y la Ley 1350 de 2009, por ser un cargo de confianza y los representantes directos de los delegados departamentales del Registrador del Estado Civil.

Posteriormente, en una breve explicación sobre el marco normativo de la carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil, señala que en el Decreto 2241 de 1986 figura como un empleo de gerencia pública, que en el artículo 6 de la Ley 1350 de 2009 se consagra que el cargo aludido es apreciado como de libre nombramiento y remoción, que dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-553 de 2010, refiriéndose a que los cargos de autoridad administrativa o electoral, son de libre remoción y no de libre nombramiento, de tal forma que deben ser provistos por concurso público de méritos, añade que, a la fecha, no se ha desarrollado legislación en torno al artículo 266 constitucional para regular la libre remoción de los servidores públicos de la Registraduría Nacional.

Se sostiene que el demandante en efecto, fue nombrado bajo el supuesto del libre nombramiento y remoción, en uso de la facultad discrecional, por tanto su desvinculación se advierte de la misma forma que su nombramiento, que en consecuencia el acto no requería de la motivación.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 29 de junio de 2018, concedió de manera parcial las

³ Fl. 373-380.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

pretensiones de la demanda. Concluyó la juez que el nombramiento del demandante recayó en un cargo de carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo cual, debió proveerse por concurso de méritos, porque al legislador omitir la regulación en torno a la libre remoción, por vía mutatis mutandis, se aplican las reglas establecidas por la Corte Constitucional, concernientes a la motivación de un acto de desvinculación de la provisionalidad en medio de la carrera administrativa, al régimen especial de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil, contrario a lo anterior, se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa y la contradicción.

Aunado a ello, el A quo expone que, por regla general, es requerida la motivación siquiera de forma sumaria para que se garantice la protección de los derechos fundamentales anteriormente enunciados, en materia de actos administrativos de desvinculación. Concluye la Juez que, el acto acusado se encontraba carente de motivación, teniendo en cuenta que no se señalaron de manera concreta los motivos formales, materiales y fácticos que llevaron a aplicar la discrecionalidad para dar fin al nombramiento en provisionalidad dentro del cargo que ocupaba el demandante.

Para la Juez, dentro del plenario no se aprecia, más allá de la discrecionalidad, prueba alguna sobre la motivación del acto administrativo demandado, esto es, circunstancias materiales y particulares que justificaran la separación del demandante de su cargo en provisionalidad.

Respecto a la desviación de poder, se concluye que, de las pruebas obrantes, no se vislumbra dicha situación, en atención a que la hoja de vida del demandante no era prueba suficiente para definir que con su retiro hubo desmejora en el servicio, teniendo en cuenta que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el buen desempeño en el servicio, no aminora la facultad discrecional del nominador, ni genera fuero de estabilidad.

Por último, de la parte decisoria se transcriben las siguientes órdenes:

“(...) Decisión:



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

De los antecedentes y consideraciones expuestas, el despacho declara la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, accediendo a declarar la nulidad de la Resolución No. 098 de mayo 4 de 2016, suscrita por los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil de Cartagena, que ordenó prorrogar por dos meses el nombramiento del señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO en el cargo de Registrador Especial 0065-03. La nulidad de la Resolución sin número de 4 de mayo de 2016, suscrita por el Registrador Nacional del Estado Civil, que aprueba la propuesta de los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil de Cartagena, de prorrogar por dos meses el nombramiento del señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO en el cargo de Registrador Especial 0065-03. Y la nulidad de la Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016, suscrita por los delegados departamentales el Registrador Nacional del Estado Civil de Cartagena, con la cual se da por terminado el nombramiento del señor MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO en el cargo de Registrador Especial 0065-03, a partir del 5 de julio de 2016.

En cuanto al restablecimiento del derecho, este Despacho en razón a que en el presente asunto se configuró la causal de nulidad de violación de la constitución por cuanto el acto demandado no estaba motivado por las razones establecidas constitucionalmente para ello, aplicará analógicamente los criterios fijados por la H. Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU-053 de 2015, en concordancia con la Sentencia SU-556 de 2014 (...)

“(...) En consecuencia se ordenará a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro del demandante MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO al cargo que venía desempeñando o a uno igual o de superior categoría, en las mismas condiciones, 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 le pague a título de indemnización el equivalente de los salarios y prestaciones dejados de devengar por MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO, desde el momento



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

de su declaratoria de insubsistencia hasta el momento de la presente sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. (...)"

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte demandada comenzó por enumerar las siguientes inconformidades frente al fallo recurrido :

1. *Existencia de fallo inocuo*
2. *Configuración de error judicial*
3. *Respeto al acto propio y de la ejecutoria del acto primigenio.*
4. *Imposibilidad de desconocer sentencia de unificación de obligatorio cumplimiento.*
5. *No necesidad de motivación del acto de desvinculación.*
6. *Operancia de la figura de la caducidad.*

Explicadas en resumen, en primer lugar indica que la Corte Constitucional en la Sentencia C-553 de 2010, limitó su estudio en torno al artículo 6 de la Ley 1350 de 2009, en cambio, soslayó los artículos 20 y 61 de la misma Ley, según los cuales, aquellos cargos directivos o gerenciales al interior de la Registraduría Nacional del Estado Civil son de libre nombramiento y remoción, en concordancia a las normas internas de la entidad, así mismo con los artículos 4º y 5º del Decreto Ley 1011 de 2000, según los cuales el empleo de Registrador especial 0065-03 pertenece al nivel directivo de la Registraduría Nacional. Justifica que por existir ese vínculo inseparable entre los artículos 6, 20 y 61 de la Ley 1350 de 2009, y los artículos 4 y 5 del Decreto Ley 1011 de 2000, y al haberse omitido su integración normativa, **la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia se torna inocua.** Dichos preceptos tienen plena aplicación y por ello el cargo de Registrador Especial es de Gerencia Pública y de libre nombramiento y remoción.

⁴ Fl. 472-527.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

El apoderado desarrolla un recuento normativo resumido de la siguiente forma:

“El artículo 6 de la Ley 1350 de 2009, dispuso la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción al interior de la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre los que consideró al Registrador Especial. Al respecto, la sentencia C-553 de 2010, al declarar la exequibilidad condicionada de la precitada norma, expresó que los cargos de autoridad administrativa o electoral son de libre remoción y no de libre nombramiento, razón por la cual deben ser provistos por concurso de méritos. A su vez, el artículo 20 de la precitada ley estableció las clases de nombramiento como forma de provisión de los empleos en la Registraduría Nacional del Estado...”

En esa misma línea concordante, de conformidad con lo establecido en los artículos 4° y 5° del Decreto Ley 1011 de 2000, el empleo de Registrador Especial 0065-03 pertenece al Nivel Directivo de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y por tal le corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos.

Así mismo, el artículo 61 de la Ley 1350 de 2009, dispuso que los cargos de la Registraduría Nacional que conllevan el ejercicio de responsabilidad directiva tienen el carácter de empleos de Gerencia públicas, razón por la cual el cargo de Registrador Especial en conformidad a su naturaleza, es de libre nombramiento y remoción.

Además, el cargo en el cual fue nombrado el señor Marco Antonio Vargas Anillo, fue como Registrador Especial 0065-03, en la Planta Global de la Registraduría Nacional del Estado Civil, empleo de naturaleza gerencial de la Entidad, el cual se rige por los principios establecidos en el artículo 62 de la Ley 1350 de 2009. (...)”

Con respecto a la configuración de un **error judicial**, el demandado se apoya en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, y señala que en el caso concreto debió aplicarse la norma posterior, esto es, el artículo 61 de la Ley

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

1350 de 2009 derogatoria por contraria del artículo 6 del mismo estatuto y el Decreto Ley 1011 de 2000, arts. 4º y 5º que además encuentran coherencia, igualdad y concordancia con los que rigen el resto de estamentos, pues es de todos conocido que tanto en la Rama Ejecutiva, como en los demás órganos autónomos (Procuraduría, Contraloría, etc.), existen los llamados cargos de libre nombramiento y remoción que se caracterizan por la entera confianza.

Con base en lo anterior, insiste en que revocarse la sentencia de primera instancia, ya que al debatirse sobre un cargo de libre nombramiento y remoción queda demostrado que el nominador goza por ley, de la discrecionalidad para nombrar o desvincular. Destaca que teniendo en cuenta el principio general que señala que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, era lógico suponer que si el actor fue nombrado discrecionalmente, y además, se le advirtió en dicho acto administrativo que el cargo era de libre nombramiento y remoción, la administración también podía bajo esa misma premisa dar por terminada su vinculación con la entidad.

Por otro lado, el apoderado de la demandada, fundamenta el tercer punto, en relación a que **debe respetarse la llamada teoría de respeto al acto propio**, toda vez que en la resolución de nombramiento del actor (año 2010), se especificó que el cargo era de libre nombramiento y remoción, sin que éste lo hubiera contrariado por vía administrativa, luego entonces, no puede ser reprochable para la Administración ordenarle que desacate y desconozca su propio acto, aun cuando el artículo 89 de la Ley 1437 de 2011 obliga a las entidades a cumplir en estricto sentido sus órdenes, y no le es permitido en teoría, contradecir sus propios actos.

Sobre el cuarto punto, concerniente a la **imposibilidad de desconocer Sentencia de unificación de obligatorio cumplimiento**, el recurrente manifiesta que la Corte Constitucional en Sentencia SU 003 de 2018 señala que los empleos públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, según el criterio de que hacen parte de esta categorización los empleos de *“dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”* (literal a) (...). *“los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que*

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, (...).

"Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado" (literal c). "Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera" (literal f). (...).

Respecto al punto cinco, sobre la **no necesidad de motivación del acto de desvinculación**, el recurrente cita nuevamente sentencias del Consejo de Estado, insistiendo en que en el caso sub júdice se trata de un empleo de grado de confianza que le permiten al nominador ejercer la discrecionalidad, por lo tanto, las Resoluciones aludidas, gozan de presunción de legalidad. Sin embargo, en el presente caso y a pesar de que la naturaleza del cargo que ostentaba el actor no ameritaba un mínimo de motivación, la disposición que dispuso dar por terminada la prórroga de dicho nombramiento contiene un mínimo de motivación justificante en los siguientes supuestos de hecho y de derecho invocados por la administración: (i) el poder discrecional del nominador contenido en la Ley 1350 de 2009, y (ii) la naturaleza del cargo desempeñado por el actor como Registrador Especial 0065-03 en la Delegación Departamental de Bolívar de la Registraduría Nacional del Estado Civil, clasificado como de libre nombramiento y remoción.

Por último, con relación a la **operancia de la figura de la caducidad**, expresamente transcribe que de las Resoluciones de los años 2010 y 2013, ya quedó ejecutoriado su contenido: *"En contraste, aunque el Tribunal Administrativo también considera las prórrogas y los actos primigenios, refiere que el único acto sobre el cual versaría la caducidad es el emitido en agosto del año 2016, y ello es así cuando afirma en providencia de 22 de marzo de 2018 lo siguiente:*

"En efecto, tal y como lo advirtió la A quo en la audiencia inicial del 27 de noviembre de 2017, en la presente controversia el acto

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

demandable, es el definitivo contenido en la Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016, por ser éste el acto (sic) que dio formalmente terminado el nombramiento del hoy actor en el cargo de Registrador Especial 0065 - 03 de Cartagena, y en últimas el que decidió terminar la vinculación del actor con la demandada, esto es, definió su situación jurídica frente a la relación legal y estatutaria que tenía con la Registraduría Nacional de Estado Civil (Art. 45 CPACA). No siendo la Resolución 098 del 4 de mayo de 2016 - que prorrogó el nombramiento del actor -, la que extinguió la relación jurídica con la hoy demandada, (...)"

Sin embargo, pese a que el Tribunal sólo alude a un único acto, el juez de primera instancia declaró la nulidad de tres Resoluciones, sin abarcar además, los actos primigenios de nombramiento en donde se estipuló la supuesta ilegalidad, respecto de los cuales se predicán las prórrogas...

De una parte, existe una incongruencia o error de hecho, en la medida que se dijo por el superior que el único acto enjuiciable era el emitido/proferido el dos de agosto de 2016; pero de otra parte, en la parte resolutive del fallo anula las Resoluciones de 4 de mayo de 2016, respecto de las cuales no se hizo ningún estudio del concepto de orden público conocido como "caducidad", y en efecto, la nulidad y restablecimiento del derecho en relación con los actos de mayo de 2016 no opera porque respecto de estos operó la caducidad, por lo que no queda más que revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar decretar la caducidad en relación al menos con los actos de mayo, como quiera que respecto de estos la solicitud de conciliación se hizo cuatro meses después de proferidos, quedando ejecutoriados y con plenos efectos la premisa que estamos ante cargo de libre nombramiento y remoción".

(...) Así pues, al haberse fijado el término de caducidad en 4 meses, en tratándose de nulidad y restablecimiento del derecho, por contera se tiene que, si el actor estaba inconforme con los actos de nombramiento, y los de prórroga, ha debido demandarlos dentro de dicho lapso, y no, súbitamente, infringiendo la certeza y seguridad jurídicas, mucho tiempo después, irrespetándose así la figura de la caducidad (...)

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

Así entonces, concluye el recurrente, que de los actos demandados se predica la caducidad de la acción, y por ende debe revocarse la sentencia de primera instancia por estar frente a un caso de posible improcedencia de la demanda.

3.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 13 de febrero de 2019. En esa misma providencia - previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso -, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fl. 530 C/4).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

3.6.1. Parte demandante:

Reiteró los argumentos expuestos en su demanda, sosteniendo además que el apelante realiza una fundamentación caprichosa en su recurso y desconoce las decisiones de la Corte Constitucional que son de obligatorio cumplimiento.

3.6.2. Parte demandada:

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de la primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: ¿Se debe revocar o no la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda?

Específico: ¿Se debe declarar la nulidad de la resolución por medio de la cual se ordenó la desvinculación del señor Marco Antonio Vargas Anillo del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, por estar falsamente motivada?

En caso de resultar procedente la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación, corresponderá determinar ¿Cuáles son los efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad?

3. TESIS

La Sala considerará como tesis, que se debe confirmar la sentencia apelada, bajo el entendido de que el acto demandado está viciado por falsa motivación.

No resulta cierta la afirmación según la cual, para el cargo aludido se requiera contar con la entera confianza del superior jerárquico para desempeñar las funciones, todo lo contrario, conforme a la Ley 909 de 2004 y la Sentencia de la Corte Constitucional C-553 de 2010, el cargo de Registrador Especial es un empleo de carrera administrativa como lo señaló el A quo en la sentencia apelada, en el que, aunque se predica la libre

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

remoción, no son de libre nombramiento, y por esta razón deben ser provistos por concurso de méritos.

Conforme a lo sostenido por el A-quo, la parte demandada no probó lo atinente a la calidad del empleo, y muy a pesar de ello, omitió la motivación adecuada del respectivo acto de insubsistencia acusado.

En lo que concierne al restablecimiento del derecho se aplicará lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 556 de 2014, respecto de los efectos de la nulidad del acto que ordena la desvinculación de un empleado en provisionalidad, como bien lo expuso la Juez de primera instancia.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen de carrera administrativa - Regulación de los empleos provisionales nombrados en cargos de carrera administrativa.

La Ley 1350 de 1990 Por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública, en su artículo 20, sobre la forma de provisión de los empleos y la vinculación de personal, dispuso:

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

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

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.

5.4.2. Sentencia C-553 de 2010 de la H. Corte Constitucional.

“... la Corte estima necesario hacer dos consideraciones adicionales respecto a las consecuencias de lo decidido en este fallo. En primer término, la declaratoria de exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 6° de la Ley 1350/09 no resuelve la omisión legislativa absoluta existente en materia de la libre remoción de los empleos de responsabilidad administrativa o electoral de la RNEC. Como se ha indicado, la Constitución dispone que estos cargos deben ser provistos mediante concurso público de méritos, lo que hace que queden incorporados a la carrera administrativa especial de la RNEC y, consecuentemente, no puedan ser cobijados por el régimen de libre nombramiento y remoción. En ese marco, la Carta Política ha diferido al legislador la regulación de la libre remoción de estos empleos. Sin embargo, analizada la normatividad existente la Corte encuentra que el Congreso no ha fijado reglas sobre la materia, lo que resulta agravado por el hecho que la Constitución haya previsto una régimen especial de carrera para la RNEC, de lo que se sigue que para esa entidad no son aplicables prima facie las reglas ordinarias de carrera administrativa, ni mucho menos las relativas al libre nombramiento y remoción, pues son incompatibles con el régimen mixto antes explicado.

De otro lado, no puede perderse de vista que la expedición de las previsiones legales relativas a la libre remoción de los cargos mencionados, no puede asumirse sin tener en cuenta que la provisión de esos empleos se lleva a cabo mediante concurso público de méritos, lo que supone su pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC. Ello en el entendido que, como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, la remoción de los servidores que ejercen empleos de carrera debe estar mediada por el deber de la administración de utilizar criterios de motivación. Así por ejemplo, en la sentencia T-205/09 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), que hace una síntesis comprehensiva del precedente consolidado de la Corte sobre la materia, se insiste en que la pertenencia



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

de un empleo del Estado a un sistema de carrera administrativa, derivado de su ingreso mediante concurso público de méritos, implica la motivación del acto de retiro, obligación que se extiende a los casos en que el orden jurídico confiere al nominador determinado grado de discrecionalidad u otra modalidad exceptiva a ese respecto o, incluso, cuando se ha previsto el libre nombramiento y remoción del servidor público correspondiente. Esto debido a que tal potestad discrecional no es incompatible con el deber general, propio de un Estado democrático, de que la administración motive sus actuaciones, en tanto presupuesto para la vigencia del derecho al debido proceso...

Similares criterios han sido expuestos por la Corte en lo que se refiere a la necesidad de motivar el acto de desvinculación en el empleo de los servidores que ejercen en provisionalidad cargos de carrera administrativa. Sobre este particular existe un precedente consolidado, fundado en considerar que la adscripción de un empleo público a la carrera administrativa implica necesariamente que el acto de desvinculación quede excluido de la facultad discrecional del nominador, sin que pueda hacersele extensivo el régimen de los empleos de libre nombramiento y remoción, pues lo que prima es que el cargo ha sido provisto mediante concurso público de méritos. Por lo tanto, cuando ese deber de motivación es incumplido, se está ante una evidente violación del derecho al debido proceso, que puede ser reparada, en determinadas condiciones, mediante la acción de tutela.

Así se señaló por la reciente sentencia T-109/09 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez), cuando concluyó que "[e]sta Corporación ha manifestado en múltiples sentencias que la situación de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no es asimilable a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Por esta razón, ha afirmado que los servidores públicos en provisionalidad no pueden ser desvinculados del servicio por la simple voluntad discrecional del nominador – como ocurre con los funcionarios de libre nombramiento y remoción –, pues ellos gozan de una estabilidad laboral relativa. De allí que en un gran número de sentencias la Corte haya determinado que se vulnera el derecho al debido proceso cuando, sin la debida motivación, se declara la insubsistencia de un servidor que había sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa".

Las reglas expuestas son aplicables, mutatis mutandis al régimen especial de carrera administrativa de la RNEC. En efecto, la Constitución ha reconocido un régimen exceptivo para la desvinculación de los servidores que ejercen empleos de autoridad administrativa o electoral, quienes son de carrera pero podrán ser removidos libremente. Además, confió al legislador la regulación de ese particular, sin que al momento se haya expedido tal normatividad. Por ende, la Corte exhortará en esta sentencia al Congreso



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

para que adopte la legislación que, en desarrollo del artículo 266 C.P. regule las condiciones para la libre remoción de los servidores públicos de la RNEC que ejercen cargos de autoridad administrativa o electoral, según los presupuestos señalados en esta sentencia, que apuntan, entre otros asuntos, a que tal desvinculación debe ser compatible con la índole de carrera administrativa de tales empleos, lo que obliga a que el acto de retiro deba contener criterios de motivación.

La consecuencia necesaria de las premisas expuestas es que, mientras la citada regulación es promulgada por el Congreso, el Registrador Nacional del Estado Civil conserva la facultad para ejercer la libre remoción de los servidores públicos que ejerzan cargos de responsabilidad administrativa o electoral, puesto que esa competencia se deriva del artículo 266 C.P. y es reiterada en la norma objeto de análisis. Sin embargo, es necesario advertir que tal facultad, según se ha expuesto, debe ser compatible con la pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC que la Constitución ha conferido a dichos cargos, lo que implica que el acto de desvinculación, a pesar de recaer en la órbita funcional del Registrador Nacional, debe hacer explícita su motivación. Además, como sucede con todas las expresiones del poder público, dicho acto de desvinculación del empleo no puede llevarse a cabo de modo irrazonable o arbitrario, sino que en todo caso debe ser compatible con la garantía de los derechos constitucionales de que son titulares los servidores públicos y con el cumplimiento de los fines del Estado; sin que pueda tornarse en vehículo que ampare la desviación de poder, las prácticas clientelistas o, en general, toda forma de ejercicio ilegítimo o carente de sustento de la potestad de remoción"...

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. Por medio de la Resolución No. 349 del 21 de diciembre de 2010, fue nombrado en calidad de encargo, mientras la titular del empleo desempeñaba otra labor, el señor Marco Antonio Vargas Anillo como Registrador Especial 0065-03.

5.5.1.2. Posteriormente, mediante la Resolución No. 56 de 3 de mayo de 2013, fue nombrado el demandante por un periodo de seis (6) meses en el mismo cargo antedicho, catalogado en el contenido del acto como un empleo de libre nombramiento y remoción.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

5.5.1.3. Nuevamente fue nombrado el demandante en el mismo cargo y por el mismo periodo semestral a través de la Resolución No. 184 de 18 de octubre de 2013, y así sucesivamente se reiteraron los nombramientos en el cargo de Registrador Especial 0065-03 por medio de las siguientes Resoluciones: No. 137 de 28 de abril de 2014, No. 323 de 21 de octubre de 2014, No. 004 de 20 de enero de 2015 hasta la No. 098 de 4 de mayo de 2016 que supuso la desvinculación del cargo.

5.5.1.4. Algunas de las consideraciones expuestas en el acto de desvinculación, por la no prórroga que dio por terminado un nombramiento, fueron las siguientes (fl. 309):

“(…) Resolución No. 098 de 04 de mayo de 2016 “por la cual se prorroga un nombramiento”

Que la Ley 1350 de 2009, reglamenta la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictaron normas que regulan la Gerencia Pública.

Que el empleo de REGISTRADOR ESPECIAL 0065-03 pertenece al nivel directivo de la entidad, de conformidad con lo establecido en los Artículos 4° y 5° del Decreto Ley 1011.

Que los cargos que conllevan ejercicio de responsabilidad directiva tienen el carácter de empleos de gerencia pública y son de libre nombramiento y remoción conforme lo establece el Artículo 61 de la Ley 1350 de 2009.

Que el artículo 63 de la citada norma dispone:

Artículo 63: PROCEDIMIENTO DE INGRESO A LOS EMPLEOS DE NATURALEZA GERENCIAL (...)”

5.5.1.5. Mediante fallo de Tutela de 29 de julio de 2016 (fls. 330-340), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil especializada en Restitución de Tierras, amparó el derecho al debido proceso del señor Marco Antonio Vargas Anillo y en consecuencia, ordenó la expedición de un acto administrativo motivando la desvinculación del accionante, o en el caso de no expedirlo, proceder a reintegrarlo al cargo que ocupaba, en caso de no haber sido provisto por concurso de méritos.



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

5.5.1.6. Haciendo caso a la orden de tutela, la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil, profirió la Resolución No. 199 de 02 de agosto de 2016 y en dicha decisión se confirmó la desvinculación del accionante (fl. 350), en los siguientes términos:

“(…) Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016 “por la cual se da cumplimiento al artículo primero de la Resolución No. 098 del 04 de mayo de 2016, proferida por los delegados departamentales de Bolívar, y se da por terminado un nombramiento”

Que la Ley 1350 de 2009, reglamenta la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictaron normas que regulan la Gerencia Pública.

Que el empleo de REGISTRADOR ESPECIAL 0065-03 pertenece al nivel directivo de la entidad, de conformidad con lo establecido en los Artículos 4º y 5º del Decreto Ley 1011.

Que los cargos que conllevan ejercicio de responsabilidad directiva tienen el carácter de empleos de gerencia pública y son de libre nombramiento y remoción conforme lo establece el Artículo 61 de la Ley 1350 de 2009.

Que mediante Resolución No. 098 del 04 de mayo de 2016, se prorrogó el nombramiento por término de dos meses al doctor Marco Antonio Vargas Anillo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.792.352 en el cargo de Registrador Especial 0065-03.

Que el artículo primero de la Resolución No. 098 del 04 de mayo de 2016, establece que la duración de la prórroga será por el término de dos (2) meses, y 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.

Que para darle cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil especializada en Restitución de Tierras, de fecha 29 de julio de 2016, se procede a (...)”

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

En el presente caso procura el demandante que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales fue desvinculado del cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

Consideró el accionante que los motivos expuestos en los actos demandados son falsos y violatorios del derecho al debido proceso, pues el actor no pudo ser nuevamente vinculado al cargo que ocupaba, como tampoco le fue proferido y legalmente motivado el acto de la insubsistencia, ya que la naturaleza y el carácter del cargo aducido por la demandada es una apreciación falsa que desconoció lo dispuesto por la Corte Constitucional en la C-553 de 2010, sentencia que ha condicionado la exequibilidad del artículo 6 de la Ley 1350 de 2009.

Añade el demandante que, pese al eficiente desempeño dentro de su cargo y su amplia experiencia profesional, fue retirado de sus funciones a través del acto administrativo acusado, el cual considera, se encuentra viciado de nulidad, teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, esto es, que el acto debía estar motivado y que la simple discrecionalidad del superior no era razón legal y suficiente para separar del servicio al demandante.

Adicionalmente, advierte que ante la inexistencia de una lista de elegibles para suplir el cargo con un nombramiento en propiedad, y por ser el mismo un cargo de carrera administrativa, no podía extinguirse la provisionalidad con otra provisionalidad como sucedió en el caso del señor Vargas Anillo.

La Juez de primera instancia concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, al considerar que frente a los actos acusados sí opera la nulidad, en razón a la naturaleza del cargo del empleado, ya que en aplicación analógica de los criterios dispuestos por la Corte Constitucional en las sentencias SU 053 de 2015 y SU 556 de 2014, por ser un cargo de libre remoción pero no de libre nombramiento, es menester la carrera especial por concurso público de méritos para acceder a ello, y en ese caso, debieron exponerse las circunstancias particulares y concretas que permitiesen fundamentar la razón de la desvinculación del demandante,

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

sumado a que la motivación del acto no podía limitarse a la simple facultad discrecional del superior.

Teniendo en cuenta la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el A quo destaca que en sentencia T- 1256, verbigracia, "solo mediante un acto administrativo, en el que consten las circunstancias concretas de hecho y de derecho por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, es posible declarar la insubsistencia del cargo (...) esta regla se justifica en que: " (...) la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescindiera de los servicios de su funcionario"

Por tales razones, considera el demandante que la única razón que se evidencia en el acto acusado, es la simple facultad discrecional de la parte demandada.

Hecha esta sinopsis, se debe precisar que, conforme a lo probado en el proceso, se tiene que el demandante se encontraba nombrado en provisionalidad en el cargo de Registrador Especial 0065-03. Dicha vinculación se dio desde el día 21 de diciembre de 2010, con reiteradas prórrogas de nombramiento, siendo el último de estos, el expresado en la Resolución No. 098 de 4 de mayo de 2016, finalizando el mismo, el día 5 de julio de 2016, fecha que se extrae del contenido de la Resolución No. 199 de 2 de agosto de 2016 mediante la cual se da por terminado un nombramiento.

De lo expuesto en la Resolución No. 098 de 04 de mayo de 2016, se evidencia que el señor Marco Antonio Vargas Anillo fue desvinculado en uso de la facultad discrecional de los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil en Bolívar, en aras de remover o nombrar funcionarios de su dependencia, basados en que el artículo 63 de la Ley 1350 de 2009 avala el uso de la facultad discrecional para apartar a personas en cargos de provisionalidad con naturaleza gerencial.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

No obstante, a juicio de la Sala, las razones o motivos que se exponen en los actos no concuerdan con las directrices estipuladas por la Corte Constitucional en Sentencia C-553 de 2010, pues al ser este un cargo de carrera administrativa, debía ser provisto por un concurso de méritos. Sin embargo, al no haberse desarrollado dicho concurso hasta la fecha, o no existir prueba que así lo acredite, debió motivarse en ese caso el acto de la desvinculación, sin apoyarse en la mera discrecionalidad, como lo señalaron en los actos acusados.

En otras palabras, a juicio de la Sala, se configura una falsa motivación, por cuanto se da una inexactitud entre lo que se aduce en el acto de desvinculación y los hechos que se determinan a partir de las pruebas aportadas al proceso.

Cabe destacar en esta instancia, lo ya establecido por la Corte Constitucional, que en los apartes de la Sentencia C-553 de 2010, señala:

“RESUELVE:

*Declarar EXEQUIBLE, por los cargos estudiados en esta sentencia, el literal a) del artículo 6° de la Ley 1350 de 2009 “por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan norma que regulen la Gerencia Pública”., en el entendido que **los cargos de autoridad administrativa o electoral allí regulados son de libre remoción y no de libre nombramiento, por lo cual deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos.**” (negritas de la Sala)*

De las pruebas obrantes en el expediente, no se observa que la parte demandada haya sometido a algún proceso de concurso público de méritos la provisión del cargo de Registrador Especial, se precisa, por lo menos de las pruebas documentales existentes, que este cargo aún conserva la circunstancia de la provisionalidad, por lo que se evidencia que el demandante fue desvinculado para nombrar sobre la misma causa a otra persona.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

Ahora bien, en relación a los cargos alegados por la parte demandada en apelación, ninguno será de recibo por esta Sala, en atención a las siguientes razones:

En primer lugar, frente al supuesto de aseverar que la Sentencia C-553 de 2010 de la Corte Constitucional es un fallo inocuo por haber limitado su estudio solo al artículo 6 de la Ley 1350 de 2009 sin tener en cuenta los artículos subsiguientes 20 y 61 de la misma Ley, olvida el demandado que las decisiones de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes⁵, pues así lo ha consagrado la Ley estatutaria de Administración de Justicia – Ley 270 de 1996 en su artículo 48, en concordancia con el artículo 241 de la Constitución Política sobre las funciones del máximo tribunal para lo constitucional, por lo tanto, no pueden ser desatendidas sus órdenes por consideraciones propias de un particular en ejercicio de funciones públicas.

En relación a un presunto error judicial porque el recurrente alega que en el caso concreto ha debido aplicarse el artículo 61 de la Ley 1350 de 2009, por ser una norma “posterior” y en ese caso, “derogatoria por contraria del artículo 6 de la misma Ley”, dicho argumento se torna falaz al concebir que la figura de la derogatoria de las normas opera entre normas que componen un mismo cuerpo de Ley, ya que, contrario a la apreciación del demandado, la derogación se da entre una ley posterior hacia una ley anterior, esto es, leyes proferidas en distinto periodo de tiempo, más no por posterior enumeración articular entre normas de una misma Ley. Al respecto, ha indicado la Corte en sentencia C-159 de 2004, lo siguiente:

*“(…) De tal manera que al derogar tácitamente una ley no se está incurriendo en una omisión, sino que por el contrario en ejercicio de su función legislativa, **el Congreso, decide al crear una nueva ley que las***

⁵ Ley 270 de 1996. (...) **ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: 1. **Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive.** La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general. 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. (negrillas de la Sala)

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

disposiciones contenidas en la ley anterior, dejen de aplicarse, siempre y cuando no pueden conciliarse con la nueva.

*Recuérdese, que **una ley solo puede ser derogada por otra de igual o superior jerarquía**. Además, cuando el legislador crea una nueva ley, tiene en cuenta la realidad del país y la conveniencia política y social, es por ello que en algunos eventos la norma derogada que cobijó situaciones surgidas bajo su vigencia, sigue produciendo efectos, los que van cesando con el paso del tiempo. (...)" (negritas de la Sala)*

Por otro lado, en lo que se refiere al respeto del acto propio, porque en las Resoluciones acusadas se especificó que el cargo era de libre nombramiento y remoción, y por tal motivo, la entidad no puede contradecir sus propios actos, cabe aclarar la sala, que la categorización dada por la demandada al cargo aludido es parte de la materia de discusión en el caso sub examine, por lo tanto, dicha afirmación carece de validez cuando en sede judicial se ha advertido que la naturaleza del cargo se encuadra como uno de carrera administrativa especial.

En torno a la imposibilidad de desconocer una sentencia de unificación de obligatorio cumplimiento y la no necesidad de motivar el acto, insiste la parte demandada sobre el mismo argumento anterior, al considerar el cargo en mención como un empleo público de libre nombramiento y remoción, que no goza de estabilidad laboral y puede ser justificada la facultad discrecional del nominador, cuando dichos alegatos se desvirtúan per sé, por encontrarnos frente a un empleo de categoría distinta como bien se ha dicho ut supra.

Frente a la operancia de la caducidad, señala que el A quo declaró nulas las resoluciones anteriores a la 199 de 2016 omitiendo que aquellas fueron ejecutoriadas, lo cual genera cierta incongruencia, sin embargo, no le asiste razón en dicha suposición, teniendo en cuenta que por ser actos primigenios que se complementan para la consecución de una situación jurídica, la nulidad del último permea la de los anteriores. Lo anterior, aunado al hecho de que se discutió la legalidad de los actos administrativos demandados, y que posteriormente fueron declarados nulos por el A-quo, sin que se vislumbre oposición por la integración de la proposición jurídica, oposición

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

que debió ser presentada por el demandado al momento de contestar la demanda y presentar excepciones.

Por otro lado, como resulta normal en una relación trabada al amparo del Derecho Administrativo, cuando administración y administrado difieren respecto de la existencia de la apreciación o de la calificación de los hechos que dan lugar a determinada decisión administrativa, dentro de un asunto concreto, será el Juez de lo Contencioso Administrativo el llamado a intentar el establecimiento de la verdad en torno de tales presupuestos fácticos, para cuyo propósito debe valerse de todos los mecanismos y reglas que en materia probatoria contempla y autoriza el ordenamiento jurídico vigente.

Esta labor del Juez de lo Contencioso Administrativo, cobra singular significado, en atención a que las decisiones de la Administración Pública están amparadas por una presunción de legalidad, que a su turno transmite la presunción de veracidad a los supuestos o motivos fácticos que le sirven de fundamento, la cual deberá ser desvirtuada por quien se considere agraviado por esa decisión y pretenda su declaratoria judicial de nulidad.

Así pues, la principal prerrogativa de la cual dispone la Administración Pública en torno a la determinación de los hechos y a la consecuente fundamentación en ellos de la decisión del caso, es la que ha dado en llamarse "privilegio de ejecutividad" o "carácter ejecutorio" de los actos administrativos, de acuerdo con la cual las decisiones administrativas obligan desde que son dictadas y adquieren firmeza en sede administrativa, lo cual determina su inmediato cumplimiento, independientemente de que puedan surgir discrepancias en torno a si se ajustan o no al ordenamiento jurídico, cuestiones éstas que habrán de ser ventiladas por los interesados que se sientan injustamente afectados, en el proceso judicial al que tendrán que concurrir a través de la impugnación de la respectiva decisión.

Como corolario de lo anterior, el privilegio de la autotutela declarativa, o la presunción de legalidad de las decisiones administrativas, impone al interesado la carga de impugnar judicialmente el acto administrativo, para desvirtuar su presunción de legalidad; sin embargo, que la presunción de legalidad radique en el interesado la carga de accionar, no quiere decir

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

que igualmente traslade a éste, sin más y plenamente, el deber de probar la totalidad de los hechos relevantes para el proceso o, en otros términos, la carga de aportar siempre y en todos los casos, todos los elementos demostrativos, necesarios e idóneos, para acreditar que fue errónea la aplicación sobre la existencia de los hechos o la calificación que de los mismos realizó la Administración.

Cabe sostener, por tanto, que la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial, no se basa en la posición formal de demandante o demandado, sino en el objeto y en el contenido de las pretensiones; cada parte deberá probar aquellos hechos en los cuales se funda su pretensión o su oposición a la misma, lo que equivale a decir que cada parte tendrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor⁶.

De acuerdo con lo anterior, si el interesado ha cumplido con la carga que para él se deriva de la presunción de legalidad de la decisión administrativa que le afecta, impugnándola ante el Juez de lo Contencioso Administrativo y con apoyo del material demostrativo de la concurrencia del supuesto de hecho de la(s) norma(s) cuyo(s) efecto(s) jurídico(s) persigue, será a la Administración demandada a la que entonces corresponderá, acreditar la fundamentación del acto administrativo demandado, esto es tanto la ocurrencia real de los presupuestos fácticos –*motivos* o hechos determinantes– como su consistencia y coherencia con la *motivación* del mismo y con las hipótesis fácticas previstas en las normas a cuya aplicación se procedió en ese específico evento. Debe la Administración, por tanto, allegar al expediente todos los elementos probatorios -de ordinario documentos- que conduzcan al juez a establecer que está llamado a desestimar los cargos de ilegalidad formulados por falsa motivación en contra del acto demandado, como lo sugería la presunción de validez que le amparaba; en otros términos, la autoridad administrativa que profirió el acto enjuiciado está en la obligación de probar, judicialmente, que los motivos de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento al acto

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente: 25.742.

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

demandado, realmente existieron y ameritaron la decisión administrativa adoptada.

Y es que no puede olvidarse que a la Administración se le compele legalmente instruir un procedimiento, a recaudar pruebas, a escuchar, valorar y ponderar las alegaciones de los interesados, antes de adoptar su decisión, como condición de mantenimiento de la presunción de validez que ampara a la misma. Todos estos trámites y garantías tienen por objeto que el órgano decisor se ubique en la mejor posición posible para expedir un acto administrativo que cumpla con el propósito de servir al interés público. De ahí que, cuando el particular, inconforme con la decisión, la demanda ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, la ley establezca como una de las primeras determinaciones que forzosamente se debe adoptar, que se ordene a la Administración la remisión o entrega, con destino al respectivo proceso judicial, del expediente o de los antecedentes administrativos de la resolución impugnada.

En definitiva, cabe precisar que, en cuanto el demandante haya satisfecho su correspondiente *onus probandi*, es la autoridad administrativa que adoptó la decisión demandada, a la que corresponde constitucional y legalmente la carga de allegar al expediente del proceso judicial, el material demostrativo que evidencie que el acto fue proferido previa instrucción del *procedimiento* de rigor, con base en unos *motivos* o *hechos determinantes* existentes y razonablemente valorados, provisto de la *motivación* que exige la ley y con una *finalidad* conforme a derecho.

En consecuencia, como ello no ocurrió, pues no existe prueba en el expediente que demuestre o sustente lo afirmado en torno a la categoría del cargo aludido o una posible convocatoria a concurso público de méritos, la conclusión necesaria es la falsedad en la motivación del acto.

En ese orden, se concluye que, el móvil de la decisión adoptada por los delegados departamentales de la Registraduría Nacional del Estado Civil, no pudo ser la extinción de la vacancia transitoria, o un posible mal desempeño del demandante dentro de su cargo. Por el contrario, se considera que se utilizó como excusa concebir la categoría del cargo como

Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

de libre nombramiento y remoción, para lograr, bajo una apariencia de legalidad, la desvinculación del accionante.

A juicio de la Sala este tipo de situaciones son las que el legislador pretendió evitar al promulgar una ley⁷ que procurara que los nombramientos dentro de la carrera especial de la Registraduría Nacional del Estado civil no se vean afectados por afinidades políticas o personales entre empleados y nominadores.

Bajo estas condiciones, concluye la Sala que, de las leyes examinadas y las pruebas aportadas al expediente, se logra desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste a los actos administrativos demandados, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada en todas sus partes.

5.7. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“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”*, hoy Código General del Proceso- CGP.

El artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En ese mismo orden el numeral 3 del citado artículo 365, dispone que cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todas sus partes la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de la segunda.

⁷ Sentencia C-553 de 2010 (...) *El artículo 125 de la Constitución establece a la carrera administrativa basada en la evaluación del mérito, a través de concurso público, como el mecanismo general y preferente para el ingreso de los ciudadanos al servicio público. En efecto, la norma constitucional prescribe distintas reglas que corroboran esta conclusión. Así, indica que (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso de los cargos en que ni la Constitución ni la ley haya fijado el sistema de nombramiento, este se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera (...)*



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

Conforme las citadas normas, se condenará en costas a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, dado que se confirma la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda formulada por el señor Marco Antonio Vargas Anillo.

SEGUNDO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia. Estas serán liquidadas de manera concentrada por el juez de primera instancia conforme lo dispone el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado



Rad. 13001-33-33-005-2016-00333-01

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2016-00333-01
Demandante	MARCO ANTONIO VARGAS ANILLO
Demandado	NACIÓN - REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN