



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION DUAL No. 4
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 21 FEB 2010

Demandante	Nelson Rodríguez Gama
Demandado	Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente	15001-23-31-000-2008-00392-00
Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Resuelve impedimento presentado por el Magistrado José Ascención Fernández Osorio

Decide la Sala el impedimento propuesto por el Dr. José Ascención Fernández Osorio, en aplicación a lo previsto en artículo 141 numeral 1 del C.G.P., en concordancia con los artículos 160 y 160 A del Código Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

1. Del impedimento

Se trata del auto por medio del cual el Dr. José Ascención Fernández Osorio titular del Despacho No. 1 de ésta Corporación, se declaró impedido para conocer del medio de control de la referencia, argumentando al efecto que: *"En consideración a la calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá, es claro que me asiste un interés indirecto en el proceso, como quiera que mi régimen salarial y prestacional es similar al del demandante en el punto alegado, luego, se podría ver afectado el principio de imparcialidad que debe regir la correcta administración de justicia"*.

Más adelante indicó: *"Y más aún, cuando el 24 de junio de 2016, presenté demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cartagena, bajo similares pretensiones invocadas en el asunto de la referencia, la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar con radicado No. 130012333000-2016-00578-00 (3641-2016), Conjuez Ponente Dr. Jorge Rodríguez, y que se encuentra actualmente en traslado de la misma a la entidad demandada, situación por la cual se configura de mi parte un interés directo en este caso"*.

II. CONSIDERACIONES



Demandante: Nelson Rodríguez Gama
Demandado: Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente: 15001-23-31-000-2008-00392-00
Nullidad y Restablecimiento del Derecho

Esta Sala dual es competente para conocer del impedimento propuesto por el Dr. José Ascención Fernández Osorio, tal como lo establece el numeral segundo del artículo 160 A del CCA:

“Art.- 160 A.- De los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se seguirán las siguientes reglas:

(...)

2. Cuando en un Consejero o Magistrado concorra alguna de las causales señaladas en este artículo, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es éste, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la Sala, Sección o Subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo ordenará sorteo de Conjuer cuando se afecte el quórum decisorio. (...).”

En cuanto a las causales para declarar el impedimento, el artículo 160 ibídem, establece para los magistrados y los jueces entre otras, las previstas en el artículo 150 del C.P.C., hoy Código General del Proceso; en efecto, la causal invocada en el presente asunto, se encuentra consagrada en el numeral primero del artículo 141 del C.G.P., que indica:

“Art.- 141. Son causales de recusación las siguientes:

1.- Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso (...). (Subrayado y resaltado por la Sala)

En cuanto tiene que ver la finalidad de los impedimentos y las recusaciones, el Consejo de Estado en providencia de 31 de marzo de 2016¹, indicó:

“(...) Los impedimentos y las recusaciones han sido instituidos por el legislador colombiano como instrumentos idóneos para hacer efectiva la imparcialidad del juez; los dos son figuras legales que garantizan la transparencia del proceso judicial y autorizan a los funcionarios a apartarse del conocimiento del mismo.

Estas instituciones jurídicas fueron concebidas “con el fin de garantizar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico, es ajeno a cualquier interés distinto al de administrar una recta justicia y, en consecuencia, que su imparcialidad y ponderación no están afectadas por circunstancias extraprocesales”².

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. Bogotá D.C, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00587-01(0474-16)

² Corte Suprema de Justicia. Auto de 29 de enero de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.



Demandante: Nelson Rodríguez Gama
Demandado: Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente: 15001-23-31-000-2008-00392-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

337

Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al juez, de tal manera que están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del funcionario judicial o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional³ (...). (Subrayado por la Sala)

Ahora bien, para que se configure la causal de impedimento invocada se hace necesario el cumplimiento de unos requisitos, sin los cuales el impedimento no estaría llamado a prosperar; en éste punto resulta ilustrativa la providencia del Consejo de Estado de 21 de abril de 2009⁴, en donde indicó:

"(...) El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo.

Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional.

Para que se configuren debe existir un "interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.⁵". Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso.

El artículo 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia le impone a los Jueces el deber de respetar, cumplir y, dentro de la órbita de sus competencias, hacer cumplir la Constitución y la ley.

La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política (...). (Resaltado por la Sala)

³ Sala Plena Consejo de Estado. Sentencia de fecha 21 de abril de 2009. Rad. Núm.: Radicación numero: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP) IJ. C.P.: Víctor Hernando Alvarado.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil nueve (2009).

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA, auto del 9 de diciembre de 2003, expediente S-166, actor Registraduría Nacional del Estado Civil. Consejero Ponente, Dr. Tarcisio Cáceres Toro.



Demandante: Nelson Rodríguez Gama
Demandado: Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente: 15001-23-31-000-2008-00392-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En igual sentido el Consejo de Estado en sentencia de 12 de junio de 2014 reitera que para que se configure la causal de impedimento por tener interés directo en el resultado del proceso, éste debe ser particular, personal, cierto y actual; en efecto indicó:

“(...) Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, son una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional del Juez.

Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”⁶. Su presencia debe afectar el criterio del fallador de modo tal que comprometa su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso (...)”⁷.
(Negrilla fuera de texto).

En tal virtud, a fin de que resulte prospero la impedimento fundado en la causal primera del artículo 141 del C.G.P., **el interés directo o indirecto en el proceso debe ser cierto y actual**, es decir que el vicio que afecta la imparcialidad del juez, sea concomitante al momento en que debe resolver el asunto puesto a su conocimiento.

III. CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Doctor José Ascensión Fernández Osorio sustentó la causal de impedimento consagrada en el numeral 1º del artículo 141 del C.G.P., argumentando que le asiste un interés indirecto en el proceso como quiera que tiene un régimen salarial y prestacional similar al del demandante, así como un interés directo en tanto en la actualidad cursa ante el Tribunal Administrativo de Bolívar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho bajo similares pretensiones a las formuladas en el asunto de la referencia, proceso que actualmente se encuentra en la etapa de traslado a la entidad demandada Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial.

No obstante lo anterior, ésta Sala dual considera que el presente caso no se configura la causal de impedimento formulada por el Doctor José Ascensión Fernández Osorio para conocer del presente asunto, particularmente por cuanto las pretensiones aquí debatidas no están referidas al reconocimiento de las diferencias de salario y prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial prevista en la Ley 4 de 1992; para arribar a tal conclusión se

⁶ Ibidem

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ. Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02797-02(IMP)



338

Demandante: Nelson Rodríguez Gama
Demandado: Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente: 15001-23-31-000-2008-00392-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

hace necesario realizar una reseña respecto a las actuaciones procesales surtidas en el presente asunto:

- El señor Nelson Orlando Rodríguez Gama presentó demanda solicitando se declarara la nulidad de la Resolución No. 0133 de 11 de noviembre de 1993, por medio de la cual se liquidó una cesantía y Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008, a través del cual se dispuso aceptar la renuncia al cargo presentada por el demandante (Fls 86 a 99).
- Posteriormente mediante auto de 10 de febrero de 2010, la Sala de Decisión No. 4 de ésta Corporación dispuso rechazar la demanda (Fl 105).
- Mediante providencia de fecha 15 de septiembre de 2011, el Consejo de Estado, dispuso confirmar el rechazo de la demanda en cuanto a la pretensión de nulidad de la Resolución No.0133 de 11 de noviembre de 1993; sin embargo, ordenó estudiar la admisión de la demanda en cuanto a la pretensión de nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008 y el consecuente restablecimiento del derecho (Fls 126 a 134).
- A través de providencia de fecha 27 de febrero de 2012, se dispuso la admisión de la demanda en cuanto a la pretensión de nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008, tal como lo había ordenado el Consejo de Estado (Fl 140).
- Mediante auto de 11 de junio de 2014, la Sala de Descongestión de éste Tribunal, negó el impedimento presentado por las magistradas Martha Cecilia Molano Murcia y Patricia Salamanca, por considerar que en el presente asunto únicamente se estaba debatiendo la nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008 y no el reconociendo de la diferencia salarial y prestacional en aplicación de la Ley 4 de 1992; en efecto allí se indicó (Fl 157):

“(...) El Consejo de Estado rechazó la demanda por caducidad respecto a la Resolución No. 0133 de 11 de noviembre de 1993 y como consecuencia de esta se pretendía la liquidación de las cesantías de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 12 del Decreto No. 057 de 1993.

Es decir, que lo que se debate en el proceso, hace relación estrictamente a la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito de Santa Rosa de Viterbo aceptó la renuncia presentada por el actor al cargo de Juez (...) y de las consecuencias que de ello se derivan”.



Demandante: Nelson Rodríguez Gama
Demandado: Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente: 15001-23-31-000-2008-00392-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- La parte demandante presentó corrección de la demanda (Fls 217 a 232) en donde solicitó la nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008 y como consecuencia de tal declaración se ordenara el reintegro sin solución de continuidad del demandante al cargo que desempeñaba.

De igual forma solicitó se inaplicara por inconstitucionalidad el Decreto 618 de 2007 y No. 057 de 1993 y demás decretos de reconocimiento salarial proferidos por el Gobierno Nacional; a título de restablecimiento del derecho solicitó el pago de las diferencias salariales y prestacionales causados desde el 01 de enero de 1993.

- Mediante providencia de 29 de julio de 2015, se dispuso admitir la corrección de la demanda, en lo que tiene que ver con la pretensión de la nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008 (FI 302).

Con fundamento en el recuento procesal antes expuesto, se encuentra que en el presente asunto la pretensión de la demanda únicamente se encuentra orientada a estudiar la legalidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008, acto administrativo que dispuso aceptar la renuncia al cargo desempeñado por el demandante y frente al cual el Consejo de Estado, mediante providencia de 15 de septiembre de 2011, dispuso se diera el trámite correspondiente.

Ahora bien, encuentra la Sala que si bien el demandante presentó corrección de la demanda, en donde pretendió incluir la pretensión de reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales desde el 01 de enero de 1993, lo cierto es que mediante providencia de 29 de julio de 2015, se dispuso admitir la corrección de la demanda **únicamente** en lo que tiene que ver con la nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008, tal como lo dispuso el Consejo de Estado.

En tal sentido, como quiera que la demanda y su corrección fue admitida únicamente en lo que tiene que ver con la pretensión de nulidad del Acuerdo No. 0020 de 17 de abril de 2008, el eventual restablecimiento del derecho sólo podrá estar referido a la solicitud de reintegro por el despido del trabajador, más no así respecto a la pretensión de reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales dejadas de percibir desde el año 1993; adicionalmente ha de advertirse que no existe ningún acto administrativo que haya negado esto último y que se encuentre enjuiciado en la presente demanda.

En suma, el impedimento manifestado por el Dr. José Ascención Fernández Osorio, no está llamado a prosperar por cuanto el objeto de la demanda y su corrección, en los términos que fue admitida (según lo ordenado por el Consejo de Estado), se encuentra referido sólo a estudiar la legalidad del



339

Demandante: Nelson Rodríguez Gama
Demandado: Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente: 15001-23-31-000-2008-00392-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

acto administrativo que dispuso el retiro del servicio del demandante, tal como se concluyó mediante providencia de 11 de junio de 2014, más no se encuentra orientada a establecer si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales desde el año 1993 al año 2008, ello en aplicación de la prima especial prevista en la Ley 4 de 1992, pretensión a la cual no se le dio trámite en el presente proceso.

Así las cosas, ésta Sala dual encuentra infundado el impedimento formulado por el Doctor José Ascención Fernández Osorio para conocer del presente asunto razón por la cual lo procedente es devolver el expediente, a efectos de continúe con el trámite correspondiente.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundado el impedimento presentado por el Dr. José Ascención Fernández Osorio para conocer del proceso de la referencia, por las razones expuestas en ésta providencia.

SEGUNDO: Por secretaria devolver el proceso al Despacho del Dr. José Ascención Fernández Osorio.

TERCERO: Notifíquese a las partes la presente decisión en los términos del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Magistrado.

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Magistrado.

01 2019



250A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2

Tunja, 21 FEB 2018

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Julio Josué Núñez Amaya y Otros
Demandado : E.S.E Hospital San Rafael de Tunja
Expediente : 15001-33-31-009-2008-00149-01

Asunto: **Recurso de Súplica**

Magistrado Ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Ingresa el proceso al despacho proveniente del Despacho N° 3 para decidir el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de fecha 1° de julio de 2015 (fls. 2331-2333), proferido por el Magistrado Sustanciador del Despacho No. 6 en Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual negó por improcedente el decreto de prueba solicitada en el recurso de apelación.

Da cuenta el despacho que el presente asunto correspondió por reparto para conocimiento y trámite al Despacho N° 3 después de la eliminación de los despachos de descongestión.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 183 del C.C.A y con lo resuelto en auto del 22 de noviembre de 2017, corresponde al suscrito magistrado resolver el recurso de súplica por ser quien sigue en turno al ponente.

ANTECEDENTES

Mediante auto del 1° de julio de 2015, el Magistrado Sustanciador del Despacho No. 6 de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá negó por improcedente la práctica del dictamen pericial al considerar que la solicitud no cumplía con las causales establecidas en el artículo 214 del C.C.A, para su decreto.

Adujo que aunque elevó la petición del nuevo dictamen pericial con posterioridad a la sugerencia efectuada por la profesional del instituto de Medicina Legal, al dejar fenecer el término de ejecutoria del auto que precluyó la etapa probatoria y corrió traslado de alegatos de conclusión sin interponer recurso alguno, se entendía desistida dicha petición.

Indicó que la parte demandante convalidó la preclusión del periodo probatorio en primera instancia al presentar sus respectivos alegatos de conclusión y que además la solicitud no cumple con ninguna causal establecida en el artículo 214 del CCA, concluyendo que la parte demandante desistió tácitamente de la prueba y convalidó las que obraban en el expediente.

DEL RECURSO DE SÚPLICA

El 8 de julio de 2015, el apoderado de la parte actora presentó recurso de súplica (fls. 2334-2337) contra el auto del 1° de julio de 2015, el cual sustentó así:

Indica que no le asiste razón al magistrado sustanciador al considerar que existió un desistimiento tácito de la prueba solicitada, toda vez que en el transcurso del proceso se estableció el dictamen pericial como prueba principal, la cual requería para su complementación la experticia de un

especialista en ortopedia. Por lo tanto, no es dable deducir que la presentación de los alegatos de conclusión convalidó la preclusión del periodo probatorio.

Citó el artículo 214 del C.C.A e indicó que la prueba fué pedida en su oportunidad y que tiene como fin probar hechos ocurridos con posterioridad al decreto de pruebas.

TRÁMITE DEL RECURSO

Al recurso interpuesto se le dio el trámite del artículo 183 del C.C.A. esto es, se corrió traslado del mismo a la parte demandada (fl. 2356).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala Dual N° 1 resolver el recurso de súplica contra el auto proferido el 1° de julio de 2015, por medio del cual el Magistrado Sustanciador del Despacho No. 6 de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, negó por improcedente el decreto y la práctica de la prueba solicitada por la parte actora en el escrito de apelación.

Revisada la providencia recurrida en relación con los argumentos del recurso de súplica, corresponde determinar si resulta procedente el decreto de la prueba solicitada por la parte demandante en esta instancia, o si por el contrario, como se señaló en el auto objeto de recurso, debía negarse tal pedimento.

2. De las reglas básicas en materia probatoria

Respecto de la oportunidad probatoria el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo aplicable a la presente actuación por tratarse de un proceso del antiguo sistema, dispuso:

“Contenido de la demanda- Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: (...) 5º: **La petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer”**

En concordancia con la norma transcrita, el artículo 209 ib. prescribe:

“Período probatorio: Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas si la controversia o litigio no es de puro derecho, **siempre que las partes las soliciten o que el ponente considere necesario decretarlas de oficio.** Para practicarlas se fijará un término prudencial que no excederá de treinta (30) días, pero que puede ser hasta de sesenta (60) días para las que deban recibirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que las señale” (Resalta la Sala).

De manera que las partes intervinientes en el proceso tienen la carga de solicitar las pruebas en los términos y oportunidad establecidas en la ley so pena de no ser valoradas en el momento de proferir sentencia.

Cuando se interpone el recurso de apelación contra una sentencia, admitido el mismo, el artículo 214 del CCA., establece una oportunidad probatoria para las partes, siempre y cuando se sujeten a las reglas allí establecidas:

"ARTÍCULO 214. Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

2506

2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria,
4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior."

Ahora bien, está claro que quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, está en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias.

El Consejo de Estado en sentencia proferida dentro del radicado 25000-23-26-000-1994-00297-01(17760) indicó frente a la carga de la prueba lo siguiente:

"...La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos". Así pues, **la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.** El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento..." (Negrita fuera del texto).

De lo anterior se colige que la carga de la prueba es un imperativo del propio interés para las partes, es decir, que quien comparece a la jurisdicción favorece su propio interés y no en la otra parte.

4. La solución en el caso concreto

Pretenden los señores Julio Josué Núñez Amaya y Rosa Cristina Prada, en nombre propio y en representación de los menores Yudy Liseth Núñez Prada y Sergio Andrés Núñez Prada, a través de apoderado judicial, se declare responsable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja por los daños ocasionados como consecuencia de la falla medica presentada en la intervención quirúrgica realizada al señor Julio Josué Núñez Amaya.

Con el escrito de demanda la parte accionante solicitó "Se libre oficio con destino al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Tunja para que se realice examen médico legal a Julio Josué Núñez Amaya (...) a efecto de establecer su incapacidad médico legal, secuelas y valoración de la historia clínica en especial lo que respecta a la intervención quirúrgica realizada el 24 de marzo de 2006 en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja". (fl. 6 C- primero).

Mediante auto del 27 de enero de 2010 el juez de instancia decretó dicha prueba (fl. 553 C- primero), y el dictamen pericial fue aportado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 27 de febrero de 2012 (fl.870-925), y dentro de sus comentarios estableció: "Recomendaciones a la autoridad: en caso de alguna inquietud surgida por la autoridad, la petición podrá ser elevada a la Dra. Gladys Zambrano, Ortopedista forense del Grupo de Clínica Forense de la Dirección Regional de nuestra entidad...".

Del dictamen se corrió traslado mediante providencia del 12 de junio de 2012 (fl. 1054), oportunidad en la que el apoderado de la parte demandante presentó la objeción por error grave advirtiendo la posible falta de idoneidad del perito de Medicina Legal, lo cual, a su juicio implicaría la posible necesidad de realizar nuevamente un dictamen pericial.

2537

Mediante informe allegado el 18 de diciembre de 2013 (fl.1195-1199) el Instituto de Medicina aclaró el dictamen inicial, en el cual sugirió: "de acuerdo con las precisiones de conceptos de Ortopedia que amerita el caso, se requiere que el caso sea remitido y analizado por Especialistas en Ortopedia. En el momento nuestro Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses no cuenta con dicho profesional por lo cual recomiendo remitir el caso a una sociedad científica experta como Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatología o a una Institución Universitaria que cuente con la especialidad de Ortopedia, como la Universidad Nacional de Colombia."

Posteriormente, mediante memorial radicado el 31 de enero de 2014 el apoderado de la parte demandante solicitó concretamente que "de acuerdo a lo señalado por Medicina Legal, respecto de la necesidad de valorar la historia clínica del señor JULIO NUÑEZ por un experto en ortopedia; se solicita ordenar esta prueba en las entidades señaladas por el Instituto de Medicina Legal". (fls. 2028- 2029).

Finalmente, en auto del 5 de marzo de 2014, el a quo declaró precluida la etapa probatoria del proceso de la referencia y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 2119).

Del recuento hecho hasta aquí, no avizora la Sala motivos suficientes para revocar la decisión adoptada por el Despacho N° 6 de la Sala de Decisión de Descongestión de este Tribunal, dado que debe tenerse en cuenta que los términos y etapas procesales son de carácter preclusivo, se fundamentan en normas de orden público y por eso son de obligatorio cumplimiento para las partes y para el juez, de tal suerte que en el presente evento no puede permanecer de manera indefinida el litigio en período probatorio, cuando los términos y oportunidades para ello se hayan vencido.

Descendiendo al caso concreto, da cuenta la Sala que la prueba solicitada en segunda instancia por el apoderado de la parte demandante se refiere a la **valoración de la historia clínica del señor Julio Núñez por parte de un experto en Ortopedia**, por parte de las entidades sugeridas por medicina legal en su dictamen.

La solicitud de la parte demandante que suscitó la providencia recurrida en súplica versa sobre la práctica de dicha prueba que según aduce no fue posible hacer por cuestiones ajenas a su voluntad y por hechos acaecidos con posterioridad, situación que al parecer se encuentra en consonancia con lo dispuesto en los numerales 1° y 2° del artículo 214.

Frente a la causal invocada **“1. cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento”**, esta Sala encuentra que revisado el auto de decreto de pruebas, la consistente en “valorar la historia clínica del señor Julio Núñez por un experto en ortopedia”, no fué decretada en primera instancia.

Ahora debe tenerse también en cuenta que la providencia mediante la cual se declaró precluída la etapa probatoria y corrió traslado para alegar de conclusión no fué impugnada por la parte demandante, así como tampoco realizó manifestación alguna respecto a la importancia y necesidad de un dictamen pericial por parte de un especialista en ortopedia al presentar sus alegatos de conclusión (fl. 2133-2139).

Así las cosas, advierte la Sala que solamente al momento de la presentación del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el apoderado de la parte demandante ve la necesidad de **practicar el dictamen pericial** aludido, mostrando así poca diligencia al

2508

asumir su deber probatorio en la primera instancia, razón por la que la configuración de la causal primera en este caso no se da.

Frente a la causal **“2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos”**, se advierte que esta causal no tiene vocación de ser analizada como quiera que el objeto de la prueba aludida radica en un nuevo estudio a la historia clínica del accionante por parte de un especialista en ortopedia, como quiera que el Instituto Nacional de Medicina Legal no contaba con dicho experto.

Por lo anterior, no se advierte **ningún hecho acaecido con posterioridad a la oportunidad para solicitar pruebas en primera instancia**, pues las posibles lesiones sufridas por el señor Julio Núñez como consecuencia de la intervención quirúrgica a que se refieren los hechos de la demanda, y el estudio de la historia clínica en estricto sentido fué una prueba que se decretó en la oportunidad y no constituye un hecho cuya ocurrencia se presentara con posterioridad a la etapa probatoria.

En consecuencia, los argumentos expuestos hasta aquí permiten concluir que la decisión a la cual se llegó en la providencia recurrida merece ser confirmada, toda vez que la solicitud probatoria efectuada por la parte demandante en segunda instancia no cumple con los preceptos del artículo 214 del C.C.A para poder acceder a su decreto.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Dual No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Julio Josué Núñez Amaya y Otros
Demandado : E.S.E Hospital San Rafael de Tunja
Expediente : 15001-33-31-009-2008-00149-01

10

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia del 1° de julio de 2015 mediante la cual se negó el decreto de la prueba pericial solicitada por el apoderado de la parte demandante, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría devolver el expediente al Despacho N° 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá para lo de su competencia.

Notifíquese y Cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICADO AL ESTADO
El día anterior al de la expedición de la providencia
001 23 FEB 2018

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 21 FEB 2018

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Armando Albarracín Medina
Demandado : Empresa de Servicios Públicos de Duitama
Expediente : 15693-33-31-701-2012-00056-01

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana

Se decide sobre la concesión del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia de segunda instancia del 29 de noviembre de 2017, que confirmó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda.

I. CONSIDERACIONES

El Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia fué una de las innovaciones que trajo la Ley 1437 de 2011, y una de las herramientas que se estableció para asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes, así como de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida.¹

Ahora bien, es preciso advertir que en virtud de lo establecido en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entraron a regir el día 02 de julio del año 2012 y sólo se aplican a los procedimientos, actuaciones administrativas que se inicien, así como las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

¹ CHAÍN, G. "El recurso extraordinario de Unificación de Jurisprudencia. Consejo de Estado. Seminario Internacional de Presentación de la Ley 1437 de 2011. P. 379.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Armando Albarracín Medina
Demandado : Empresa de Servicios Públicos de Duitama
Expediente : 15693-33-31-701-2012-00056-01

Por su parte, los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la ley, seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior, es decir, el Decreto 01 de 1984.²

En el presente asunto como la demanda que dió origen al proceso de la referencia fué instaurada el **23 de mayo de 2012** (fl. 1 C1), es evidente que su procedimiento se ajustó a lo dispuesto en la anterior codificación, como quiera que aún no estaba en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia del 29 de enero de 2016 proferida dentro del radicado 15001313300420020145201, al resolver el recurso de queja que la parte demandante presentó contra la providencia de fecha 13 de mayo de 2015, proferida por este tribunal, en la que se negó el Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia por las razones aquí expuestas, indicó:

“(…) Conforme a lo anterior, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplica a los trámites judiciales que se inicien con posterioridad a su vigencia, es decir, 2 de julio de 2012, mientras que el antiguo estatuto procesal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o sea el Decreto Ley 01 de 1984, mantiene su obligatoriedad para las situaciones jurídicas en curso, iniciadas bajo su vigor, esto es, antes del 2 de julio de 2012, independientemente del momento en que culminen.

(…)

En ese orden de ideas, en aplicación del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 y en consideración a los antecedentes jurisprudenciales citados, el proceso de la referencia se rige hasta su culminación por lo dispuesto en el Decreto Ley 01 de 1984, puesto que se inició en vigencia de dicho estatuto procesal. Por tanto, no aplica lo consagrado

² ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Armando Albarracín Medina
Demandado : Empresa de Servicios Públicos de Duitama
Expediente : 15693-33-31-701-2012-00056-01

en el nuevo estatuto procesal contencioso, pues, de admitirse lo contrario, se desconocería el régimen de transición establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, **resulta improcedente la interposición del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial formulado por la parte actora y contemplado en el nuevo estatuto procesal contenido en la Ley 1437 de 2011, toda vez que, en estricta aplicación del artículo 308 ibídem, la presente causa judicial se rige por lo normado en el Decreto 01 de 1984, el cual no consagró el aludido medio de impugnación...** (Subraya y negritas de la Sala)

Por lo anterior, siendo el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia una innovación de la Ley 1437 de 2011, **es claro que no puede proceder frente a un proceso que como éste fué presentado** y tramitado bajo el anterior Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

Primero.- Rechazar el Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia presentado por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación.

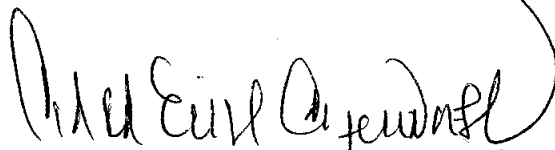
Segundo.- Una vez ejecutoriada esta providencia, **remítase** el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia, dejando las constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

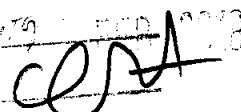
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Armando Albarracín Medina
Demandado : Empresa de Servicios Públicos de Duitama
Expediente : 15693-33-31-701-2012-00056-01


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

(Hoja de firmas 15693-33-31-701-2012-00056-01)

FEDERAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El cual anterior se notifica por estado
No. 001 de ley 79 de 1958
EL SECRETARIO 



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **21 FEB.** 2018

ACCIONANTE:	LIBARDO PRECIADO NIÑO Y OTROS
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE SOGAMOSO Y OTROS
REFERENCIA:	150012331000 200202492 -00
ACCIÓN:	POPULAR

Revisado el expediente, se observa que como producto de la inspección realizada a la Urbanización Fundecentro y a la PTAR de Sogamoso el día 1º de febrero de 2018 (ff. 1457-1461) fueron establecidos los siguientes compromisos:

- Frente a la construcción de la PTAR, se mantuvo la orden impartida en la audiencia adelantada el 18 de julio de 2017 (ff. 1319-1321) relativa a la remisión de informes mensuales por parte de COSERVICIOS S.A. E.S.P. acerca del avance en las obras y gestiones para que entre en funcionamiento la PTAR.

- En cuanto al punto de aguas residuales que se vierten al río Chicamocha en las inmediaciones de la Urbanización Fundecentro, en la diligencia de inspección COSERVICIOS S.A. E.S.P. se comprometió a trasladarlo aguas abajo cerca de la PTAR a más tardar el 1º de abril de 2018 y, por su parte, CORPOBOYACÁ debe verificar lo anterior y rendir un informe a este Despacho el 16 de abril de 2018 (f. 1459).

A parte de los anteriores aspectos, sobre los cuales el Despacho no hará un pronunciamiento adicional a las órdenes previamente impartidas, se evidencia que subsiste un punto que hace parte del contenido del amparo de los derechos colectivos ordenado en la sentencia dictada en este expediente y que debe ser constatado objetivamente, que es el referido a la existencia de olores ofensivos en el sector.

Al respecto, en la inspección a la que se ha venido haciendo referencia profesionales de CORPOBOYACÁ manifestaron que la determinación técnica (más allá de convicciones subjetivas) de la existencia o no de este tipo de olores estaba regulada en la Resolución No. 1541 de 2013, expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y se

verificaba a partir de la aplicación de un instrumento predominantemente cualitativo que involucraba a los habitantes de la urbanización.

En virtud de lo anterior, con el propósito de dilucidar este aspecto en el marco de la verificación del cumplimiento del fallo definitivo proferido en la presente acción popular, se le ordenará a la autoridad ambiental que aplique el referido instrumento y remita el informe respectivo con sus resultados, junto con sus soportes, con destino a este proceso.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

ORDENAR a **CORPOBOYACÁ** que aplique el instrumento técnico contemplado en la Resolución No. 1541 de 2013, expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para determinar la existencia de olores ofensivos en la Urbanización Fundecentro y, de ser el caso, su gravedad, que emanen de las aguas del río Chicamocha y el Canal Vargas que corren de forma adyacente a la misma. Para el efecto, se le concede el término de **tres (3) meses** contados a partir de la notificación por estado de esta providencia, dentro de los cuales deberá adelantar las gestiones que correspondan para aplicar el instrumento, sistematizar los resultados y remitir el informe correspondiente junto con sus soportes a esta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº <u>1</u> DE HOY <u>2024</u> A LAS 8:00 A.M.
SECRETARÍA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 20 FEB. 2018

ACCIONANTE:	MYRIAM ESPERANZA SÁNCHEZ GUARÍN
ACCIONADO:	UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA
REFERENCIA:	150013333002-2010-00210-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ASUNTO:	SOLICITUD DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN DE SENTENCIA

Ingresó el proceso al Despacho, con informe secretarial visible a folio 1367, informando que el apoderado de la parte actora, allegó solicitud de adición y aclaración de la sentencia, proferida por esta Corporación.

I. FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD.

El apoderado de la parte actora solicita que se adicione la sentencia emitida dentro del proceso de la referencia, argumentando que en el fallo de primera instancia se omitió referirse frente a la solicitud de perjuicios morales derivados tristeza, dolor, amargura y desesperación experimentada por la demandante, con la expedición de los actos demandados en la suma equivalente a 35 SMLMV, argumentos que fueron objeto de apelación para que fueran resueltos en el fallo de segunda instancia, no obstante, allí tampoco se hizo referencia frente a este aspecto.

Asimismo, pidió adicionar la sentencia en su parte resolutive, en aras de ordenar a la secretaría del Tribunal, para que expida las copias auténticas de la sentencia, con la certificación de vigencia de poder y la constancia de notificación y ejecutoria.

Por otra parte solicita aclaración de la sentencia de segunda instancia, por cuanto en la parte que hace referencia a la fórmula de actualización de la condena no se precisó que fecha exacta debe tenerse en cuenta como desvinculación y teniendo en cuenta que frente a la comunicación declarada nula de fecha 4 de enero de 2010, se interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto el 10 de febrero de 2010, pero sin suspender los efectos de la desvinculación que en todo caso se produjo a partir del 12 de enero de 2010, por lo que solicita aclarar la fecha de desvinculación, con el ánimo de no ser objeto de malas interpretaciones por parte de la entidad demandada al momento de dar cumplimiento a la orden judicial.

II. ANALISIS DE LA SALA

En el caso que nos ocupa, el apoderado de la parte actora pide la adición de la sentencia de 14 de noviembre de 2017, en los términos del artículo 311 del C.P.C., por cuanto a juicio del solicitante la Sala se dejó de pronunciar acerca del reconocimiento de perjuicios causados con la expedición de los actos demandados, a favor de la demandante.

En primer lugar, debe establecer la Sala la oportunidad de la solicitud presentada por la actora. Para ello es necesaria la remisión a las disposiciones que regulan las mencionadas figuras jurídicas.

"ARTÍCULO 309. ACLARACION. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.

La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término. El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recursos. (Negrilla fuera de texto)

De igual forma, en el artículo 311 del C.P.C., establece que debe adicionarse por medio de sentencia complementaria la providencia cuando ésta omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, así:

"ARTÍCULO 311. ADICION. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término."
(Negrilla y subraya fuera de texto).

El Máximo Órgano Colegiado en materia de lo Contencioso Administrativo, de manera general acerca de la figura de la adición de las decisiones judiciales, expuso:

"La adición de providencias se consagra legalmente como aquel instrumento de índole procesal que permite al juez resolver sobre extremos de la litis que no quedaron definidos en el correspondiente proveído. En esa perspectiva, las sentencias pueden adicionarse, evento en el cual debe ser proferida una sentencia complementaria que permita definir, concretamente, los aspectos de la litis que quedaron por fuera de la sentencia inicial. Igualmente, los autos pueden ser adicionados, con el propósito de que se resuelvan todos los extremos de la controversia que se debería definir. El Código de Procedimiento Civil no establece expresamente si el auto que resuelve sobre la adición es apelable, motivo por el cual, debe entenderse que, como quiera que el mencionado auto, como su nombre lo indica, lo que hace es incluir puntos nuevos a la providencia inicial, es lógico entender que las dos providencias se funden en una sola, de modo tal que ambas resultan susceptibles de los recursos que son propios de la decisión inicial. Bajo los anteriores parámetros, concluye la Sala que el auto que adiciona una providencia, de conformidad con la disposición del artículo 311 del C.P.C., es pasible del recurso de apelación, siempre y cuando la providencia adicionada también lo sea.¹"

La sentencia cuya aclaración y adición se solicita fue notificada por edicto que se fijó en la Secretaría de esta Corporación el 21 de noviembre de 2017 y se desfijó el 23 de noviembre de ese mismo año (fl. 1362); la petición de aclaración de la sentencia se presentó el 23 de esa calenda, por lo que fue presentada en el término previsto por la normatividad citada en párrafo anterior.

Así bien, procederá la Sala a resolver la solicitud de adición presentada en término por la parte actora, atendiendo a cada uno de los aspectos que la sustentan:

- **Del fondo del asunto.**

Frente a la solicitud de adicionar la sentencia condenando a la demandada al pago del daño extrapatrimonial por perjuicio moral, por la tristeza, dolor, amargura y desesperación experimentada con la expedición de los actos administrativos demandados en la suma de 35 SMLMV, la Sala precisa que en virtud de lo establecido en el inciso 1º del artículo 90 de la Constitución, el Estado debe responder por los daños que le sean imputables, originados en sus acciones u omisiones. A esta prescripción se le ha denominado "*cláusula general de responsabilidad del Estado*" y de ella se deriva la obligación reparatoria en todos los ámbitos de la responsabilidad pública -no solamente la responsabilidad abstracta o extracontractual-.

¹ Consejo de Estado- Sección Tercera. Sentencia de treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-15-000-2001-00112-01(31941). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS "INVIAS". Demandado: CONCESIONARIA DEL MAGDALENA MEDIO S.A. "COMMSA" Y OTROS. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

En este sentido, la irrogación del daño, que se traduce en la afectación negativa a un derecho, bien o interés jurídico protegido por el ordenamiento, conlleva bajo el principio *alterum non laedere* el deber de reparar los perjuicios ocasionados, lo cual puede llevarse a cabo de diferentes formas, dependiendo del tipo de menoscabo.

En efecto, aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, pues no solo es necesario ponderar la manera cómo el trabajador se vio afectado en su fuero interno y cómo la actividad del empleador lo lesionó injustificadamente sino que además deben PROBARSE los daños de orden inmaterial ocasionados por el hecho del despido; lo cual, en el *sub lite* no tuvo ocurrencia, pues el censor, ni siquiera encaminó su argumentación a tal demostración por la vía que correspondía, esto es, por la fáctica, solamente limitó su actuar a traer consigo testimonios en los que se indicaban los perjuicios económicos que tuvo que soportar luego del despido, teniendo que acudir a pedir préstamos económicos para suplir sus necesidades y las de su familia, pero sin que se probara evidentemente de qué forma se vio algún tipo de afectación moral, la cual, como se dijo en líneas anteriores, los perjuicios morales en materia laboral no se contraen exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo.

Ello, por cuanto se reitera, que los perjuicios morales no se configuran por el hecho mismo del despido, a menos que dicho suceso esté asociado a conductas que en verdad provoquen un menoscabo en el patrimonio moral del trabajador. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al referirse a un caso similar en el que se solicitaba el pago por concepto de daños morales en un despido laboral refirió:

"En relación con los perjuicios morales se ha de indicar que la Sala ha admitido que estos se pueden configurar en materia laboral con ocasión de la terminación de la relación contractual (sentencia de 12 de diciembre de 1996, rad. N° 8533), pero, se ha de resaltar, no por el despido mismo; ciertamente esta es una vicisitud contractual que no tiene la virtualidad de afectar el patrimonio moral del trabajador sino cuando el acto del despido esté asociado con conductas del empleador que generen un verdadero menoscabo del patrimonio moral del trabajador que debe ser indemnizado. Esto es, la configuración de los perjuicios morales no se deriva de la simple terminación del vínculo laboral, aun teniendo presente las consecuencias normales en el estado de ánimo del contratante, sino que debe estar ligada a circunstancias graves que causen un real daño de índole moral como lo sería la imputación injustificada de conductas delictivas, contrarias a la moral o la ética que afecten la honra o el buen nombre, etc..

Esta Sala, como Tribunal de instancia, desestima la existencia de daño moral por ausencia de agravio de parte de la entidad demandada. No desconoce la Sala la afectación de la salud emocional del actor, pero esto es un mal que por sí mismo no se constituye en ofensa causada por

el empleador. No existe en el sub lite la relación de causalidad suficiente entre el ultraje a un interés legítimo y la aflicción moral, esto es, entre el atentado contra la estabilidad laboral y la afectación psicológica. (...)

Así, entonces, el dolor del actor, que según se indica en la demanda se deriva de la carencia de "ingresos para responder por las obligaciones familiares, sociales, civiles y comerciales" los que antes obtenía de su trabajo, el cual era su única fuente de sostenimiento, no tiene relación directa con el despido y por tanto no puede ser atribuido a la actuación injusta del empleador.²"

Descendiendo al caso sub examine, se advierte que para demostrar el daño moral se solicitó los testimonios de tres personas, los cuales fueron recepcionados en el término probatorio correspondiente (fl. 552-559 y 569-571); sin embargo, dichos testimonios, no fueron suficientes para probar la forma como se vio afectada la demandante con el despido, hecho que diera lugar a resarcimiento por daños morales. Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus probandi, incumbit actori', asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración.

Respecto de la solicitud de aclaración de la sentencia en el sentido de precisar en la fórmula de actualización de la condena, por lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de la desvinculación del servicio, se advierte que en esencia el contenido a lo largo de toda la providencia se señaló que la desvinculación del cargo de la demandante se surtió a través del Oficio sin número de fecha 4 de enero de 2010, mediante el cual se concretó la desvinculación, pues señaló:

"Como Usted desarrollaba su labor docente en esta dependencia que por disposición legal se suprimió en la Universidad, dicha labor se da por terminada a partir del 12 de enero de 2010 inclusive."

Conforme a lo antes señalado, en la motivación de la providencia se dijo "Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de la desvinculación del servicio...".

²Corte Suprema De Justicia- Sala De Casación Laboral. Sentencia SL3203-2016. Radicación n.º 46517

Así las cosas, resulta pertinente aclarar la sentencia en el sentido expuesto en el numeral segundo de la sentencia de segunda instancia, precisándose que la fecha de desvinculación del servicio fue a partir del 12 de enero de 2010.

Finalmente respecto de la solicitud de copias de la sentencia de primera y segunda instancia, se dispondrá negar la solicitud, por cuanto la sentencia de segunda instancia no se encuentra ejecutoriada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se niega la solicitud de adición de la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2017, por la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Aclarar el numeral segundo de la sentencia del 14 de noviembre de 2017, el cual quedará así:

El pago de la indemnización habrá de reajustarse en los términos previstos en el 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

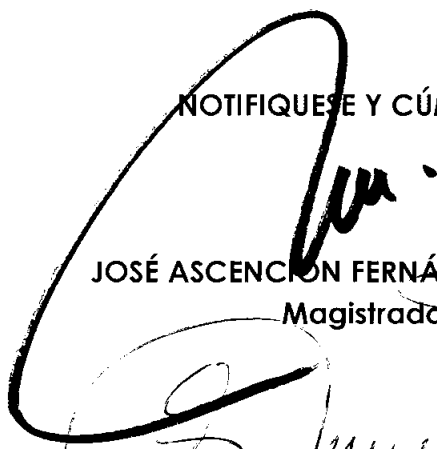
Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de la desvinculación del servicio, **esto es desde el 12 de enero de 2010**, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

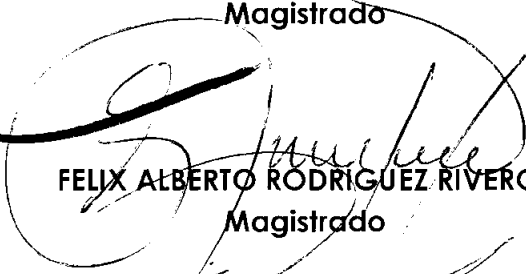
TERCERO: NEGAR por improcedente la solicitud de copias presentada por la parte actora por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCION FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ECYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
A este anterior se notifica por estado
a _____ de hoy, 23 FEB 2016
EL SECRETARIO 



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **21 FEB. 2018**

ACCIONANTE:	LUIS ENRIQUE MAYORGA AGUIRRE- CONSORCIO GOMGON
ACCIONADO:	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS
REFERENCIA:	150012333000- 2009-00261 -00
ASUNTO:	RESUELVE SOLICITUD DE ACUMULACIÓN

Revisado el proceso se observa que a folio 1112, el Consejo de Estado remitió el proceso para que previo a la admisión del recurso de apelación, se resolviera sobre la solicitud de acumulación presentada el 27 de junio de 2016, por la apoderada del INVIAS con el proceso radicado con el número 15001233100420100099200, Magistrado Ponente Doctor Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Por otra parte se observa, que mediante auto de fecha 27 de septiembre de 2017, proferido por el Despacho No. 4 de Este Tribunal, se ordenó la remisión del expediente con radicado No. 2010-00992-00 a este Despacho, para que se resolviera sobre la acumulación de los procesos, por lo que este Despacho, se dispone a resolver las actuaciones pendientes, así:

Se observa que en el proceso con radicado 2009-0261, se profirió sentencia el 22 de octubre de 2015, por la Sala de Decisión No. 11E, Despacho de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, notificada por edicto el 4 de noviembre de esa anualidad (fl. 1042-1067).

Las partes interpusieron recurso de apelación contra la decisión anterior, siendo concedido mediante auto del 25 de noviembre de 2015, para lo cual, se surtió la etapa correspondiente de remisión del expediente al Consejo de Estado.

El apoderado de la parte demandada, a través de memorial de fecha 2 de diciembre de 2015 interpuso recurso de reposición contra la decisión de conceder el recurso de apelación (fl. 1092-1093), razón por la cual el Consejo de Estado remitió el proceso nuevamente al Tribunal Administrativo de Boyacá para resolver la reposición interpuesta (fl. 1094); a través de auto del 11 de mayo de 2016, se resolvió correr traslado del recurso anterior por el termino de tres días (fl.1098) y mediante memorial de fecha 27 de junio de 2016, se solicitó la acumulación del proceso con el radicado bajo el número 2010-0992, cuyo conocimiento se surtía en el

Despacho No. 4 de este Tribunal (fl. 1102-1107). Finalmente el 22 de junio de 2016, se resolvió sobre el recurso de reposición y se dispuso no reponer el auto del 25 de noviembre de 2015, que concedió el recurso de apelación contra la sentencia, por cuanto fueron interpuestos oportunamente y se ordenó nuevamente la remisión del expediente al Consejo de Estado para surtir el trámite de apelación (fl. 1108-1109 vto).

El Consejo de Estado, con providencia del 16 de noviembre de 2016, resolvió remitir una vez más las actuaciones al Tribunal Administrativo de Boyacá, para resolver sobre la solicitud de acumulación de los procesos, solicitud que involuntariamente omitió resolver el Despacho con el auto 22 de junio de 2016.

Advierte el Despacho que el artículo 145 del C.C.A, consagró la procedencia de la acumulación de los procesos en los casos establecidos en el C de P.C.

A su vez, el art. 157 del C. de P. C., aplicable al presente asunto por expresa remisión del art. 267 del C.C.A, establece lo siguiente:

“ARTICULO 157.- Modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º num. 88. Procedencia de la acumulación. Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia....

Por su parte, el artículo 159 ibidem expreso que:

“cuando los procesos cursen en el mismo despacho, el secretario pasará la solicitud junto con los expedientes al juez o al magistrado ponente del más antiguo. Pero si cursan en diferentes despachos, el juez o magistrado ante quien se pida la acumulación la rechazará de plano si de la certificación y de la copia de la demanda aparece que la acumulación no es viable; de lo contrario, oficiará al que conoce de los otros procesos para que los remita, previa citación de las partes, a menos que la instancia haya terminado, caso en el cual el funcionario requerido informará del hecho a quien le envió la solicitud”. (subraya fuera de texto original).

Revisado el expediente, el Despacho advierte que la solicitud de acumulación presentada por la apoderada del INVIAS es improcedente porque la petición de acumular los procesos fue solicitada después de que se profirió fallo judicial en el expediente con radicado No. 2009-0261-00, providencia que fue publicada y notificada a las partes a través del edicto de fecha 4 de noviembre de 2015, hecho que establece la terminación de

la instancia, con la decisión judicial, lo que implica la limitación a los artículos 157 y 159 ibidem.

Cabe señalar que el origen en el vocablo latino *instantia*, **instancia** es la palabra que refiere al **acto y resultado de instar** (es decir, de reiterar o ser insistente en una petición, urgir la rápida ejecución de algo). Para el **derecho procesal**, las instancias representan los diversos **grados o etapas jurisdiccionales** en los que se divide la presentación, análisis y resolución de todos los asuntos que se pueden llegar a presentar ante el Juez que conoce, pasando, de ser del caso, a una siguiente instancia que resuelva sobre lo decidido por el Juez de origen bajo los recursos de apelación dispuestos para tal efecto.

Doctrinariamente¹ se ha dicho respecto del concepto de instancia que:

“En su aceptación común, instancia significa requerimiento, petitorio, solitud. Se dice, entonces, que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de partes, según que los realice el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados.

En una aceptación más restringida, se denomina instancia el ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez. Es esta la definición contenida en algunos textos legales. Con ella se significa que, además de requerimiento, instancia es acción, movimiento, impulso procesal. Se habla, entonces, de llevar adelante la instancia, de conclusión de la instancia, o, por oposición, de perención o caducidad de la instancia.

*Pero en la aceptación técnica más restringida del vocablo, y a la que se refiere específicamente este capítulo, **instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva**; o desde la interposición del recurso de apelación, hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia.*

El proceso se desenvuelve en instancia o grados. Este desenvolvimiento así ordenado, se apoya en el principio de preclusión. Una instancia sucede a la otra o precede a la otra; y no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera. (Subraya el Despacho).

¹ Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Eduardo J. Couture

Es preciso advertir, que se debe distinguir entre sentencias definitiva y sentencia firme², según se trate de sentencias que sean o no susceptibles de impugnación. Así, la sentencia definitiva es aquella que ha sido dictada para resolver el conflicto sometido a la litis, todavía puede ser impugnada a través de algún recurso o proceso impugnativo, el cual puede confirmarla, revocarla o modificarla. Por su parte la sentencia firme o ejecutoriada, es aquella que ya no puede ser impugnada por ningún medio, es aquella que posee la autoridad de cosa juzgada; no obstante, para el caso bajo análisis no se debe confundir la terminación de la instancia con la ejecutoria de la misma, pues para el caso sub lite el análisis de los artículos 157 y 159 del CPC, precisan la improcedencia de la solicitud de acumulación procesal luego de terminada la instancia, no de la ejecutoria del fallo de instancia.

Conforme al anterior análisis, si bien es cierto el proceso de la referencia fue devuelto del Consejo de Estado, en una primera oportunidad, para que se resolviera sobre el recurso de reposición contra el auto que concedió el recurso de apelación y la segunda oportunidad para que se resolviera sobre la solicitud de acumulación, no por ello debe entenderse como si aún no se hubiera terminado la instancia, puesto que, como ya se señaló, ésta termina con el fallo judicial, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio; lo contrario, iría en contravía de principios como los de preclusión y celeridad de los actos procesales.

De conformidad con lo anterior, el momento en que se realizó la solicitud de acumulación procesal, fue extemporánea, toda vez que el proceso con radicado número 2009-0261 ya fue fallado por la jurisdicción, situación que imposibilita acceder a las pretensiones de acumulación, puesto que el asunto ya fue ventilado y decidido ante la primera instancia. En consecuencia, al no cumplirse con el requisito de oportunidad para la procedencia de la solicitud de acumulación, se rechazará por extemporánea.

En tal medida, se ordenará a la Secretaría de este Tribunal a remitir el proceso al Honorable Consejo de Estado para continuar con el trámite del recurso de apelación, concedido mediante auto del 25 de noviembre de 2015.

Igualmente, se ordenará a la Secretaría a agregar copia del presente auto al proceso con radicado número 15001-23-31-004-2010-00992-00. Luego remitir la totalidad del expediente 2010-00992 al despacho del señor magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros.

² Archivo doctrinario *Clasificación de las sentencias y de la cosa juzgada*. ARELLANO GARCÍA CARLOS; ob. cit.; p. 443.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 16 de noviembre de 2016, **por medio de la cual se ordenó:**

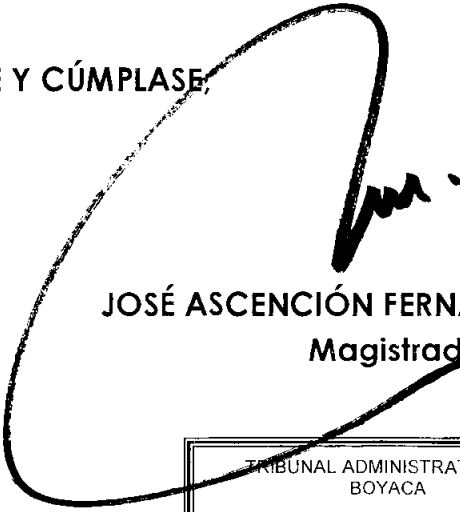
"REMITIR el expediente al Tribunal de origen para que resuelva la solicitud de acumulación de procesos."

SEGUNDO: Rechazar por extemporánea la solicitud de acumulación impetrada por la apoderada del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Remitir el proceso con radicado 2009-0261, al Honorable Consejo de Estado para continuar con el trámite del recurso de apelación, concedido mediante auto del 25 de noviembre de 2015.

CUARTO: Agregar copia del presente auto al proceso con radicado número 15001-23-31-004-2010-00992-00. Luego remitir la totalidad del expediente 2010-00992 al Despacho del señor Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO
N° <u>1</u> De Hoy <u>2016</u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

- 9 FEB. 2018 -

ACCIÓN:	SIMPLE NULIDAD
REFERENCIA:	150012331000-2009-00202-00
ACCIONANTE:	JAVIER CORREA CANTILLO
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE TUNJA – CONCEJO MUNICIPAL

Ingresa el expediente al Despacho con informe secretarial, para acatar lo ordenado por el Honorable Consejo de Estado, en auto del 6 de septiembre de 2017 (fl. 122-124), mediante el cual se ordenó revocar la providencia proferida por esta Corporación en el auto del 7 de septiembre de 2011.

Así las cosas, se obedecerá la mencionada providencia y se procederá admitir la vinculación al presente trámite procesal a la Empresa Unión Temporal de Tunja A.P.S.A., como tercero interviniente, toda vez que celebró contrato de concesión de alumbrado público con el municipio de Tunja por el lapso de 30 años y será reconocida como parte pasiva del proceso en calidad de litisconsorte causinecesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del C.P.C.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado,

RESUELVE:

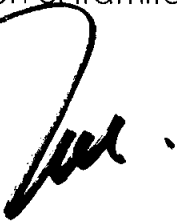
PRIMERO. OBEDECER Y CUMPLIR, lo resuelto por el Honorable Consejo de Estado, mediante auto 6 de septiembre de 2017 (fl. 122-124), mediante el cual se revocó el auto del 7 de septiembre de 2011, proferido por este Tribunal.

SEGUNDO: VINCULAR en calidad de litisconsorte cuasinecesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del C.P.C., dentro de la presente acción a la **Empresa Unión Temporal de Tunja A.P.S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a la entidad vinculada por intermedio de su representante legal, del auto admisorio de la demanda, y córrase traslado de la demanda por el término de diez (10) días para que conteste el escrito de demanda.

CUARTO: Cumplido lo anterior o vencido el término, vuelva al Despacho para continuar con el trámite pertinente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
N° <u>1</u> De Hoy <u>23</u> <u>2010</u>
A LAS 8:00 a.m.
SECRETARÍA 



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 20 FEB. 2018

DEMANDANTE:	WILSON HERNANDO MORALES HURTADO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
REFERENCIA:	150002331000-2001-01062-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	INSUBSISTENCIA NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2015, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 10-13)

El señor WILSON HERNANDO MORALES HURTADO, a través de apoderado, acudió a esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declare la nulidad de la **Resolución No. 0001 de 31 de enero de 2001**, proferida por el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de sustanciador grado 9 que ocupaba en ese Despacho Judicial.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada **i)** reintegrar al accionante en el mismo cargo que venía desempeñando en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su ilegal desvinculación o en otro de igual o superior categoría; **ii)** se ordene el pago de los salarios, primas, bonificaciones, reajustes o aumentos de sueldos y demás factores salariales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca efectivamente su reintegro, con la correspondiente indexación; **iii)** que subsidiariamente se ordene el pago de las diferencias salariales dejadas de percibir de acuerdo a su cargo, desde el 21 de enero de 2000 hasta la fecha de su retiro; **iv)** que para efecto de sus prestaciones sociales en general, se declare que no ha

demandante, entregar las sumas de dinero correspondientes a sus tres compañeras de trabajo.

Arguyó que incorporado nuevamente a sus labores, el actor fue requerido por las funcionarias del Despacho Judicial, a efectos de que se les cancelara el dinero correspondiente al salario de los meses de diciembre y enero, frente a lo cual éste les comunicó que por cuestiones económicas en su hogar dispuso de ese dinero, por lo que les solicitó un plazo para el pago del mismo, repuesta que no fue del agrado de sus compañeras quienes adoptaron una actitud descomedida e inhumana, ante la cual el actor reaccionó indignado replicándoles que no estaba dispuesto a continuar con el "soborno" toda vez que él cumplía una función de acuerdo a su disponibilidad y preparación, por la que apenas recibía un salario de citador.

Ante dicha manifestación, indicó que las funcionarias pusieron en conocimiento del Juez la renuencia del señor MORALES HURTADO a entregar el dinero acordado, por lo que éste lo reconvino recordándole de manera enérgica que su "oportunidad laboral" había sido condicionada desde un principio al pacto económico y que si no estaba dispuesto a respetar y cumplir ese compromiso, debía renunciar al cargo, pues en caso contrario se vería obligado a declararlo insubsistente.

Afirmó que a partir de ese momento, el demandante se mostró renuente a seguir entregando parte de su salario, pues materialmente le era imposible cumplir con tales compromisos pecuniarios, razón por la que mediante Resolución No. 0001 del 31 de enero de 2001, el titular del Despacho lo declaró insubsistente, desconociendo que por su idoneidad, responsabilidad y cumplimiento en las funciones encomendadas, sobre su actividad laboral jamás existió amonestación verbal o por escrito.

Resaltó que el cargo de sustanciador grado 9 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, no ha sido proveído por concurso, únicamente de forma provisional, manteniéndose en la actualidad tal situación administrativa.

Finalmente, señaló que al momento de su retiro, el demandante tenía un sueldo básico de UN MILLÓN SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$1.066.739), junto con el reconocimiento y pago de sus prestaciones de ley.

1.1.3. Fundamentos de derecho (fs. 17-20)

Señaló el apoderado de la parte actora como fundamentos jurídicos los artículos 2, 25, 29, 43, 53, 83, numerales 1 y 13 del artículo 189, y demás normas concordantes de la Constitución Política; los artículos 84 y 85 del C.C.A.; y el artículo 24 y ss del Decreto 2400 de 1968.

Indicó que con el proceder irregular del nominador se configuraron dos de las causales señaladas en el artículo 84 del C.C.A., que permiten invocar la

prosperidad de la nulidad del acto demandado, como son la desviación de poder y la falsa motivación.

Frente a la primera de ellas, señaló que jurisprudencial y doctrinariamente se ha precisado que un acto administrativo de retiro de un funcionario se encuentra viciado de nulidad cuando se expide con motivos diferentes a la finalidad de una adecuada prestación del servicio, por lo que debe efectuarse una valoración subjetiva de la conducta desplegada por el creador del acto, a fin de precisar cuál fue su verdadera intención, por encima de la presunción de legalidad del mismo.

Por lo anterior, sostuvo que la Resolución acusada, tuvo una finalidad retaliatoria ante su negativa de continuar cancelando la "extorsión económica" a la que había sido sometido desde la fecha de su ingreso, y en consecuencia, es apenas natural que la decisión así adoptada esté viciada de ilegalidad, pues si bien el nominador tenía la potestad de proferir dicho acto, ejerció su poder de forma incorrecta y descuidada, encaminada a satisfacer fines totalmente extraños al espíritu de la función administrativa.

Finalmente, precisó que el Consejo de Estado ha indicado que la falsa motivación se estructura, por una parte, por la inexistencia material o jurídica de motivos, y de otra, porque los mismos no son de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

En esos términos, manifestó que el titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, al momento de expedir la resolución demandada, consignó en la misma que las razones que orientaban su decisión eran esencialmente las de procurar el mejoramiento del servicio, razones totalmente falsas, pues el único y verdadero fundamento de su injusta y arbitraria determinación y el cual ha sido objeto de investigación penal y disciplinaria, fue el hecho que el demandante se resistiera a continuar con las condiciones laborales y salariales a las que fue sometido.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. NACIÓN – RAMA JUDICIAL (fls. 46-49)

Dentro del término de fijación en lista, el apoderado de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que el acto administrativo demandando se encuentra ajustado a derecho y por carecer el proceso de pruebas conducentes y necesarias.

Indicó que el actor fue vinculado a la Rama Judicial en provisionalidad, pues no participó en el concurso para integrar la lista de empleados de dicha entidad, de conformidad con la Ley 270 de 1996, normatividad que define de manera expresa las formas de provisión de los cargos, así: en propiedad, en provisionalidad y en encargo.

Señaló que la Corte Constitucional se pronunció respecto de la Ley 270, indicando que *"la clasificación en la forma de proveer los empleos en la Rama Judicial, respeta el mandato del artículo 122 Constitucional, el sistema de carrera de que trata el artículo 125 Superior y la autonomía de las Corporaciones judiciales en la Constitución Política para señalar la manera de habilitar sus cargos."*

Por último, argumentó que de los hechos expuestos por el apoderado de la parte actora, en los cuales se sustentan las pretensiones de la demanda, no obra prueba idónea que valide las apreciaciones y afirmaciones contenidas en los mismos.

Propuso como excepción a favor de su representada, la que denominó *"falta de litisconsorcio necesario por pasiva."*

- **Llamamiento en Garantía**

En el mismo escrito de contestación de la demanda, el apoderado de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, solicitó llamar en garantía al Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas (Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja) y a las señoras Ruth Salamanca y Elda Farfán (escribientes del referido despacho judicial) (fl. 48), petición que fue admitida en auto del 11 de mayo de 2011 (fls. 182-183).

No obstante, como quiera que la entidad demandada no retiró ni tramitó los oficios citatorios de los llamados, habiendo excedido el término de 90 días del artículo 56 del C.P.C para que opere la suspensión del proceso, la juez de instancia, mediante proveído del 16 de noviembre de 2011, reanudó los términos.

1.2.2. GLORIA ESPERANZA MALAVER (fls. 174-175)

Aunque fue vinculada al proceso en el auto admisorio de la demanda (fls. 26-27), mediante proveído de fecha 11 de mayo de 2011, se resolvió tener por no contestada la demanda, toda vez que presentó el escrito de contestación de forma extemporánea (fls. 182-183).

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante providencia de fecha 18 de diciembre de 2015 (fls. 378-411), resolvió:

"PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de *"FALTA DE LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA.*

SEGUNDO.- Negar las pretensiones formuladas por el demandante WILSON HERNANDO MORALES HURTADO contra la Nación – Ministerio de Justicia – Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO.- Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.
(...)."

Para adoptar tal determinación, en primer lugar la *a quo* se refirió a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, en torno al litisconsorcio necesario, de la cual concluyó que era posible decidir el fondo del asunto sin la comparecencia del señor Silverio Aquilino Cruz Rojas, quien en su calidad de Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, profirió el acto administrativo enjuiciado, en atención a que su intervención en los hechos se derivó como consecuencia de la relación laboral y la facultad nominadora que éste ostentaba en su condición de servidor público de la Rama Judicial. Por tanto, consideró que la entidad demandada podía responder por los eventuales daños que hubiesen podido causar sus funcionarios, cuando los hechos de los cuales se deriva su responsabilidad tienen relación directa con sus funciones o atribuciones.

Posteriormente, hizo un recuento legal y jurisprudencial sobre el ingreso y retiro de los servidores públicos de la Rama Judicial, a efectos de establecer los requisitos que se deben cumplir para declarar la insubsistencia de un empleado en provisionalidad.

Por un lado, precisó que la Ley 443 de 1998, vigente para la época de los hechos, no realizó previsión alguna frente a la Rama Judicial, como quiera que el régimen especial de ésta se encuentra regulado por la Ley 270 de 7 de marzo de 1996, la cual establece que para los cargos de los Juzgados dicha facultad recae en “El respectivo Juez” (artículo 131.8), así mismo, dicha normatividad señala el nombramiento en provisionalidad como una manera de proveer los cargos, cuyo término máximo es de 6 meses (artículo 132.2), y que dentro de las causales de retiro, contempla la declaración de insubsistencia (artículo 149.9).

De lo anteriormente expuesto y revisado integralmente el expediente, la juez de instancia, manifestó que los nombramientos del demandante en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, no tienen origen en su inscripción en carrera administrativa y de igual forma, indicó que al momento de su desvinculación, el actor se encontraba desempeñando el cargo de sustanciador grado 9, cargo que desempeñó en provisionalidad.

Destacó la existencia de dos interpretaciones en torno a la naturaleza jurídica del nombramiento en provisionalidad, pues por un lado, para la Corte Constitucional el servidor público que se encuentre en dicha condición goza de estabilidad relativa y el acto de insubsistencia debe ser motivado de manera expresa; y por otro, para el Consejo de Estado, el nombramiento en provisionalidad goza de una doble inestabilidad y el acto de insubsistencia no debe motivarse. La *a quo* acogió la primera de ellas en aplicación al principio de favorabilidad laboral (artículo 53 CP), en tanto la teoría de la Corte protege de mejor manera los derechos laborales de la persona nombrada en provisionalidad porque puede conocer directa y expresamente las razones de su retiro y así mismo puede ejercer su derecho de defensa.

En cuanto a la discrecionalidad del acto, resaltó que la Corte Constitucional ha señalado que en el Estado Social de Derecho, la misma es relativa, por tanto, la desvinculación de un funcionario público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, puede producirse por razones disciplinarias, por motivos del servicio o por la provisión definitiva del cargo, una vez superadas las etapas propias de un concurso público. Así pues, el acto administrativo mediante el cual se declare insubsistente un nombramiento en provisionalidad debe dar cuenta de los motivos por los cuales es preciso dar por terminado el vínculo laboral.

En lo que atañe a la desviación de poder y a la falsa motivación invocada por el demandante respecto del acto administrativo enjuiciado, argumentó que le correspondía al actor demostrar en el proceso que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a intereses personales y/o políticos ajenos al buen servicio. De esta manera, la juez de conocimiento refirió que si bien no se desconoce que dentro de la actuación penal adelantada en contra del Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas, los jueces de primera y segunda instancia, para declarar la responsabilidad del procesado, señalaron dentro de sus argumentos que la salida del señor WILSON HERNANDO MORALES HURTADO se dio de manera precipitada ante su negativa de seguir cancelando los pagos exigidos por sus compañeros de trabajo, también lo es que la acción penal y la acción contencioso administrativa son totalmente independientes, pues en esta última se debate la presunción de legalidad de los actos administrativos; por lo tanto, la declaratoria de responsabilidad del Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, por la comisión de una conducta punible, no tiene la connotación *per se* de demostrar o hacer presumir la ilegalidad de los actos administrativos proferidos por este.

Adicional a lo anterior, indicó que en la parte considerativa de la Resolución No. 0001 de 31 de enero de 2001, se consignó que *"se hace necesario para la buena marcha del Despacho la designación de un abogado titulado y con mayor experiencia"* y que *"el nombramiento hecho en provisionalidad no otorga derecho de permanencia en el cargo y ante la necesidad del servicio y siempre que el mismo realmente se mejore"*, fundamentos que fueron reiterados en la declaración hecha por el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja al interior del proceso penal, para lo cual nombró en el cargo de sustanciador grado 9, en reemplazo del actor, a la Dra. Gloria Esperanza Malaver, quien a juicio del nominador, contaría con las capacidades profesionales y humanas para lograr el cumplimiento de las funciones establecidas para el cargo.

Finalmente, indicó que aunque no se encontraron en el presente proceso elementos probatorios suficientes que permitan establecer el mejoramiento en la prestación del servicio, dicha circunstancia no puede endilgársele a la entidad demandada, pues la carga probatoria incumbe al empleado retirado, el cual debe allegar los medios de prueba idóneos que demuestren de manera fehaciente e inequívoca los vicios de nulidad con los que cuenta el acto administrativo atacado, situación que no encontró configurada en el *sub lite*,

toda vez que del material probatorio allegado no logró inferir siquiera que el nominador del cargo, de manera indebida haciendo uso de su facultad discrecional, haya buscado un beneficio diferente a mejorar la prestación del servicio.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora apela la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 413-418):

Indica que al contrario de lo manifestado por la a quo, el delito nunca es ni podrá ser una fuente de derecho y por tanto, si a un funcionario que expide un acto administrativo se le sanciona con pena privativa de la libertad por encontrarse demostrados unos móviles y unas intenciones típicas antijurídicas, lo lógico es que esa misma conducta delictiva sea reprobada por el derecho administrativo y que la misma tenga como consecuencia lógica la ineficacia e invalidez de la decisión administrativa así adoptada.

Argumenta que si bien tales responsabilidades son independientes, no puede el Juez Administrativo desconocer las motivaciones que tuvo la justicia penal para condenar a quien profirió el acto por el delito de concusión, máxime cuando allí de forma expresa y clara se enuncian la existencia de unos móviles abiertamente ilícitos para proferir el acto que declaró insubsistente al Señor WILSON MORALES, respecto a su negativa de continuar haciendo unos pagos a los que fue sometido (reitera la forma de distribución de salario entre sus compañeras de trabajo), los cuales se encuentran demostrados, a pesar que existan otras razones del supuesto buen servicio.

Expresa que existió **desviación de poder**, en tanto la decisión se produjo porque el demandante se negó a hacer un pago ilegal, por más que se oculten los motivos reales con conceptos abstractos y jurídicamente indeterminados de buen servicio, condicionando el nominador no solo el nombramiento provisional del demandante, sino también su permanencia en el cargo por incumplimiento en el pago ilegal exigido.

Así mismo, afirma que en el acto administrativo demandado se configuró la **falsa motivación**, pues el fundamento de la Resolución que declaró insubsistente al actor, no corresponde a la realidad que radica en la intencionalidad explícita del autor de la misma, consistente en una retaliación en su contra por no pagar los dineros que le venían siendo exigidos.

Finalmente, hace referencia al restablecimiento del derecho, para indicar que del material probatorio que obra en el expediente, se acredita que **i)** el demandante fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución No. 004 de 3 de abril de 2000 en el cargo de sustanciador grado 9 (fl. 348 C2); **ii)** que en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja existen dos cargos de oficial mayor, ocupados por OSCAR RAUL RIVERA GARCES, quien se reincorporó a su cargo en propiedad el 1º de abril de 2001, y el de OLGA AMPARO BERNAL

ARIZA, quien renunció al mismo el 31 de marzo de 2001, quedando en vacancia definitiva dicho cargo (fls. 348-349 C2); **iii)** que a pesar de que mediante acuerdo No. 145 de 1º de junio de 2001, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, remitió al Juzgado Tercero la lista de elegibles en orden descendente para el cargo de oficial mayor, mencionando a la señora MARTÍNEZ PIÑEROS ANA FRANCISCA, ésta solo aparece formalmente nombrada, pues no se acreditó que aceptara y tomara posesión del cargo, requisito indispensable, pues en caso contrario el cargo seguiría vacante; **iv)** y por último, indica que correspondía a la Rama Judicial como entidad demandada, acreditar la fecha en la cual se nombró en propiedad el cargo de oficial mayor grado 9 del Despacho judicial ya referido, y como no lo hizo, concluye que a la fecha, marzo de 2015, se encuentra vacante dicho cargo, situación que hace procedente el reintegro del actor.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 11 de febrero de 2016, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fl. 420) y admitido por esta Corporación mediante providencia de 13 de mayo de 2016 (fl. 424). A través de auto del 15 de junio de 2016, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 426).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad procesal concedida, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia del 18 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

- i. *¿Tal como lo manifestó la juez de instancia, la Resolución No. 0001 de 31 de enero de 2001, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, tuvo como fundamento el mejoramiento del servicio y por tanto no se encuentran configuradas las causales de nulidad de desviación de poder y falsa motivación?*
- ii. *¿La condena penal impuesta al servidor público que profirió el acto administrativo enjuiciado (Juez - nominador del demandante),*

implica per se la configuración de las causales de nulidad mencionadas?

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para llegar a una decisión respecto del objeto de la Litis planteada en esta sede, la Sala estudiará los planteamientos propuestos en el problema jurídico, al tenor del siguiente orden expositivo así: i) Antecedentes constitucionales y normativos sobre los nombramientos en provisionalidad; ii) Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de la desvinculación de los empleados provisionales; iii) Del Caso Concreto.

2.1. Antecedentes constitucionales y normativos sobre los nombramientos en provisionalidad¹

La Constitución Política de 1991, ratificó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos del Estado, en el artículo 125, pues dispuso que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador.

El Decreto Ley 2400 de 1968 -art. 5º-: Estableció para la provisión de los empleos -clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera- tres clases de nombramientos: **a) Ordinario**: Para los empleos de libre nombramiento y remoción; **b) En período de prueba**: Para los empleos de carrera, y; **c) Provisional**: Para “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera?”. El período provisional no podía exceder de cuatro meses.

A su vez, el artículo 26 *ibídem*, dispuso que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, podía ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, debería dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Ese artículo, fue declarado exequible, en sentencia que destaca la necesidad de motivar la decisión, aun cuando dicha motivación se produzca de manera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, para de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración: “No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 18 de marzo de 2015. Exp. Rad. No. Interno 2698-2011. C.P. Dr. Gerarda Arenas Monsalve.

² Art. 28 Decreto 1950/73: “Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)”

arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda."³

Posteriormente, el artículo 107 del **Decreto reglamentario 1950 de 1973**, dispuso que "en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario **o provisional**, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados"⁴.

A continuación, **La Ley 61 de 1987**, sobre carrera administrativa, en el artículo 4º dispuso las siguientes clases de nombramientos: el ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y, para los empleos de carrera, previo concurso, en período de prueba o por ascenso, **y por nombramiento provisional** cuando "se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio".

Luego, el artículo 10 de la **Ley 27 de 1992**, previó el nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y para los de carrera, nombramiento en período de prueba o por ascenso. El inciso segundo dispuso: "mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. **En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales.** El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales".

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que el legislador quiso hacer efectiva en todos los casos la carrera administrativa mediante la figura de los encargos, las vacantes se cubrían con personal escalafonado y a falta de este, **por excepción**, se hacían vinculaciones provisionales.

Ahora bien, la **Ley 443 de 1998**, en su artículo 8º, estableció que "los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito." Así, los nombramientos con carácter provisional fueron previstos como subsidiarios al encargo de los empleados de carrera, esto es, sólo si no era posible realizar el encargo, podía hacerse nombramiento provisional.

En efecto, el inciso segundo del **artículo 8º ibídem**, dispuso: "(...) **Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer los empleos de carrera**, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional." Este precepto señalaba de manera general el término de duración de la provisionalidad. El cargo del cual era titular el empleado encargado, podía ser provisto en provisionalidad mientras durara el encargo, es decir, el nombramiento

³ Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ Hasta la adopción del nuevo régimen de carrera administrativa.

provisional se producía mientras se surtía el proceso de selección para proveer empleos de carrera que requirieran su provisión temporal.

El **artículo 5° del Decreto 1572 de 1998**, precisó las excepciones que permitían una duración de los nombramientos provisionales superior a cuatro meses. Los términos de duración de los nombramientos provisionales eran definidos o se determinaban por la duración de la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según el caso.

De acuerdo a lo establecido en los Decretos Reglamentarios 1950 de 1973 y 1572 de 1998, los empleados nombrados en provisionalidad, podían ser retirados discrecionalmente. El artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, señaló: *"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o **provisional, sin motivar la providencia**, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados..."*.

Con posterioridad, la **Ley 909 de 2004**, sobre la posibilidad de vincular empleados en provisionalidad, señaló en su artículo 25: *"Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera"*.

En el **artículo 31 ibídem**, estableció las etapas del proceso de selección o concurso, y en el numeral 5 indicó: *"Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional."*

A su turno, el **Decreto Reglamentario 1227 de 2005**, dispuso en su artículo 8, que la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. Y dispuso que el encargo o el nombramiento provisional no puede ser superior a los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Y el **artículo 9 de la misma normatividad**, estableció que en caso de vacancias temporales de empleos de carrera, aquellos 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. Estipuló además que, tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera; y que el carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo.

Así mismo en su **artículo 10 ibídem**, se dispuso: *"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." (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Por tanto, la Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los **seis meses legales de duración**, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, **sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados**, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

- **En la Rama Judicial**

Ahora bien, en lo que atañe a la **carrera judicial**, ésta fue excluida del régimen general por voluntad expresa del constituyente, en atención a la autonomía administrativa y funcional de aquellos entes a los que se refiere el artículo 113 de la Constitución Política, privilegiando así la independencia en las determinaciones en relación con las funciones que le han sido asignadas. En ese contexto le fue fijada la obligación de administrar la carrera judicial al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales según el caso, conforme al artículo 256 Superior.

Así pues, la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló en los artículos 130 a 132, la clasificación de los empleados y la forma de provisión de los cargos en la Rama Judicial, en los siguientes términos:

"Artículo 130. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS.

(...)

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrados Auxiliares, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de los Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de Secretario de esas corporaciones; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal, y de la Secretaría General, y los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; los de Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, **y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.**

Artículo 131. AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL. Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:

(...)

8. **Para los cargos de los Juzgados: El respectivo Juez.**

Artículo 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

2. **En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.**

Cuando el cargo sea de carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. (...)" (Destaca la Sala).

La norma precedente, en tratándose de provisionales, contiene un límite temporal de máximo 6 meses, si aún no se ha provisto el cargo por el sistema de carrera.

2.2. Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de la desvinculación de los empleados provisionales

La Sección Segunda del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tuvo dos posiciones encontradas respecto a la situación de los empleados provisionales. La Subsección "A", en algunas providencias consideró que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de carrera judicial, gozaban de una **estabilidad restringida**, pues para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso⁵.

En cambio, la Subsección "B" sostuvo, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad **no les asiste el fuero de inamovilidad** propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, **están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna**, y se consideró además que la provisión de los cargos en provisionalidad, no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente: "*Si quien desempeña un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveer el cargo definitivamente o en propiedad, [...], lo puede hacer, igualmente, en provisionalidad*"⁶.

La Sección Segunda, unificó la posición de las Subsecciones, al proferir la **sentencia del 13 de marzo de 2003**, con Ponencia del Consejero Tarsicio

⁵ Entre otras, sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01 y de 3 de octubre del mismo año, exp. 4117-01, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero; sentencias de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002, C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

⁶ Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99), C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Cáceres Toro, dentro del expediente No. 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01), en la cual se consideró:

"Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de **doble inestabilidad**, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, **puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador**, y por otra, **puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo**.

(...)

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

(...)

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, sí las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso.

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la **tesis que de 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.**" (Destaca el Tribunal).

Esa tesis, fue reiterada en providencia proferida por la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, así:

"De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, **que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario**; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional...

En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al

estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada." (Negrita del Tribunal).

Y en pronunciamiento del 27 de enero de 2011, la Subsección A de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, señaló:

*"En éste punto, se hace necesario recordar tal como se precisó en acápite precedente, que **al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester su motivación,** en consideración a que su nombramiento no requiere de ningún procedimiento, contrario a lo que sucede para el caso de los empleados de carrera, pudiéndose equiparar al cargo de libre nombramiento y remoción. También se resalta que su permanencia por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad como tampoco al nominador le surge la obligación de motivar el acto de insubsistencia."*⁷

De conformidad con lo anterior, es claro que la Sección Segunda del Consejo de Estado, unificó su criterio respecto a la situación de los empleados provisionales que ingresaron al servicio público, y que fueron desvinculados antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, criterio según el cual, debido al carácter precario de su designación, que en modo alguno puede equipararse a los empleados inscritos en carrera, solo pueden tener similitud con los nombrados en los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia, pueden ser desvinculados del servicio por el nominador, sin que se requiera para ello motivar el acto administrativo que así lo disponga.

Por su parte, la **Corte Constitucional** ha precisado en varios de sus pronunciamientos que "**el retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, necesariamente debe ser motivado,** dado que 'la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado'"⁸

En esos términos, dicha Corporación estableció una línea jurisprudencial sobre el tema en cuestión, en la **sentencia T-089 de 2009**, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, así:

Para la Corte no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción. En el primer caso, la permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador, debiendo existir una razón suficiente desde la perspectiva del servicio que justifique el retiro.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05348-02(2288-08).

⁸ Sentencia T-610 de 24 de julio de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En ese sentido, “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad”⁹, ni se convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción; por ello, “el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.¹⁰

Siguiendo la misma línea, en **sentencia C-734 de 21 de junio de 2000**, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en atención a las consideraciones del fallo SU-250 de 26 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló nuevamente que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues su situación laboral no es idéntica a la de quienes ocupan cargos de carrera administrativa, donde la discrecionalidad se restringe, posición ratificada en sentencia **T-884 de octubre 17 de 2002**, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, que concedió la protección constitucional a una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, cuya resolución de desvinculación del cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no fue motivada.

En sentencia **T-634 de agosto 3 de 2006**, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se reiteró que **“la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable -so pena de vulnerar el debido proceso-, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal necesidad de motivación cesa cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión”**. Luego, mediante fallo **T-653 de agosto 9 de 2006**, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se insistió en que “cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial”.

Así las cosas, para la Corte Constitucional, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, **al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.**¹¹

Postura ésta última que, al igual que lo expresó la juez de instancia, acoge este Tribunal, en tanto encuentra sustento con el principio de favorabilidad laboral contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, en atención a la

⁹ T-800 de diciembre 14 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Sentencia SU-556 de 2014.

garantía de los derechos fundamentales de la persona que, en este caso, ha sido retirada del servicio, y que puedan verse vulnerados con dicha decisión.

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, se observa que la *a quo* negó las pretensiones de la demanda, en tanto la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado, como quiera que del material probatorio allegado no se pudo establecer que la Resolución No. 001 de 31 de enero de 2001, a través de la cual se declaró insubsistente al señor Wilson Hernando Morales Hurtado, haya estado motivada en una causa diferente a mejorar la prestación del servicio, correspondiéndole al demandante acreditar dicha circunstancia.

Inconforme con la decisión así adoptada, la parte demandante interpuso recurso de apelación al considerar que el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, quien profirió el acto administrativo demandado, fue condenado a pena privativa de la libertad por el delito de concusión, y por tanto, los motivos de dicha condena debieron ser estudiados por el juez de instancia, puesto que de los mismos se colige la invalidez de la decisión administrativa adoptada.

En ese sentido, sostiene que el acto enjuiciado está viciado de nulidad al configurarse las causales de **desviación de poder**, en tanto la decisión se produjo porque el demandante se negó a continuar distribuyendo su salario entre las funcionarias del Despacho, y **falsa motivación**, pues el fundamento de la Resolución que declaró insubsistente al actor, no corresponde al mejoramiento del servicio, sino a una retaliación en contra del actor por no pagar los dineros que le venían siendo exigidos.

Ahora bien, a efectos de desatar las inconformidades planteadas por el demandante en el recurso de apelación, la Sala desarrollará los siguientes puntos: **i) De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral del demandante y la motivación del acto de insubsistencia; ii) De la condena penal impuesta contra el nominador y su relación con el proceso contencioso administrativo; iii) De los cargos de nulidad elevados por el actor contra la Resolución No. 0001 de 2001 (Desviación de poder y Falsa motivación).**

3.1. De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral del demandante y la motivación del acto de insubsistencia

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- Que el señor **WILSON HERNANDO MORALES HURTADO**, ingresó a laborar a la Rama Judicial, específicamente al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, a cargo del Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas, a partir del 21 de enero de 2000 y hasta el 31 de enero de 2001 (fls. 7-8 y 357), ocupando los siguientes cargos en **PROVISIONALIDAD**:

- Entre el 21 de enero y el 7 de febrero de 2000, se desempeñó como Sustanciador Grado 9 (Resolución No. 001 de 21 de enero de 2000), mientras duraba el encargo del Titular (Oscar Raúl Rivera Garcés).
- Del 8 de febrero al 7 de marzo de 2000, fue designado como Oficial Mayor Grado 9 (Resolución No. 002 de 7 de febrero de 2000), mientras duraba el encargo de la Titular (Olga Amparo Bernal Ariza).
- Entre el 8 de marzo y el 3 de abril de 2000, se desempeñó como Oficial Mayor Grado 9 (Resolución No. 003 de 7 de marzo de 2000), mientras duraba la licencia de la Titular (Olga Amparo Bernal Ariza).
- Desde el 4 de abril de 2000 hasta el 31 de enero de 2001 (Resolución No. 004 de 3 de abril de 2000), fue designado como Sustanciador Grado 9, mientras duraba la licencia del Titular (Oscar Raúl Rivera Garcés).

Cargos antes mencionados en los cuales podía desempeñarse a efectos de cumplir con el requisito de la práctica jurídica (judicatura).

- Que mediante Resolución No. 0001 de 31 de enero de 2001, se declaró insubsistente el nombramiento del demandante como sustanciador grado 9 y en el mismo acto se designó en provisionalidad para dicho cargo a la Dra. Gloria Esperanza Malaver, con efectos fiscales a partir del 1º de febrero de 2001 (fls. 5-6).
- Que en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, según certificación No. CSJBPSA14-517 de 28 de febrero de 2014, expedida por el Presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja – Boyacá, (fls. 348-349), existen dos cargos de Oficial Mayor, los cuales son nominados y que para el año 2000 y hasta el 31 de marzo de 2001, se encontraban provistos en propiedad, con los señores OSCAR RAÚL RIVERA GARCÉS y OLGA AMPARO BERNAL ARIZA.
- Para efectos de nómina, los cargos de Oficial Mayor Grado 9 y de Sustanciador Grado 9, se entendían como el mismo cargo (fls. 367).
- Mediante Resolución No. 01-0005 de 31 de agosto de 2001, se aceptó la renuncia al cargo de Oficial Mayor, presentada por la Dra. Gloria Esperanza Malaver, a partir del 1º de septiembre de 2001, con el fin de permitir la posesión de quien resultó nombrada en carrera, es decir, de Ana Francisca Martínez Piñeros (fls. 179-180).
- Que el 26 de abril de 2005, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso bajo radicado No. 23775, adelantado contra el Dr. SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS por el delito de concusión¹², en la cual fue condenado a 50 meses de prisión

¹² Ver Anexos 2 a 7.

(con la sustitutiva de domiciliaria), a la interdicción de derechos y funciones públicas por ese mismo periodo y a una multa de 51 SMLMV (fls. 449-577 Anexo 7), decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de fecha 9 de noviembre de 2006, (fls. 4-61 Anexo 4).

Ahora bien, conforme a la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional, expuesta en párrafos precedentes, al haber sido vinculado el actor en un cargo de carrera en nombramiento provisional, ostenta una estabilidad relativa, la cual implica que el acto administrativo por medio del cual fue declarado insubsistente, debía ser motivado expresamente.

En ese sentido, en la Resolución No. 0001 de 31 de enero de 2001, "POR LA CUAL SE DECLARA INSUBSISTENTE UN NOMBRAMIENTO Y SE HACE LA DESIGNACIÓN CORRESPONDIENTE", se consignó (fls. 5-6):

"Que se hace necesario para la buena marcha del despacho la designación de un abogado titulado y con mayor experiencia, a partir de la presente fecha.

Que tanto la ley estatutaria, como los Acuerdos del Honorable Consejo Superior de la Judicatura han indicado que la provisionalidad no debe superar los seis meses, ya que debe solicitarse la lista de elegibles cuando la vacante se presenta.

Que en anteriores oportunidades y para el cumplimiento de las normas que rigen la carrera judicial, este despacho solicitó lista de elegibles, recibándose respuesta de la Presidencia de la Sala Administrativa del Honorable Consejo Seccional de la Judicatura, en sentido de que el Juez queda autorizado para nombrar por cuanto no hay lista de elegibles.

(...)

Que el nombramiento hecho en provisionalidad no otorga derecho de permanencia en el cargo **ante la necesidad del servicio y siempre que el mismo realmente se mejore.**

(...)" (Negrita y subraya fuera del texto original).

De lo anterior, se observa que **el acto de insubsistencia fue motivado** haciendo alusión al *mejoramiento del servicio*, lo cual fue ratificado por el Juez que lo profirió, nominador del demandante (Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas), en la versión libre rendida dentro del proceso penal adelantado en su contra por el delito de concusión:

(...) **PREGUNTADO:** manifieste a la Fiscalía si recuerda usted cuándo se produjo la salida de WILSON HERNANDO, del despacho a su cargo (sic) y que motivo (sic) su retiro. **CONTESTO:** WILSON Hernando, laboró en el juzgado tercero civil del circuito hasta el último de enero del año dos mil uno (2001), el retiro se debió a la insubsistencia decretada de manera legal, y por los motivos que en la correspondiente resolución se indican (...) el juzgado a mi cargo venía retrasado o lo que es igual en morosidad al punto que todas las sentencias de la jurisdicción ordinaria fueron proferidas durante el año dos mil (2000) fuera de los términos previstos por el CPC. Ocurre que los dos empleados del grado nueve (9) uno, llamado oficial mayor y el otro sustanciador, nunca (sic) proferieron un proyecto de sentencia ordinaria, de tutela o de segunda instancia. Se conformaron con mantener más o menos al día la llamada sustanciación (...) acudí a finales de enero, de año dos mil uno (2001) a la sala administrativa del honorable consejo seccional de la judicatura para reclamar listas de elegibles para el cargo de secretario, habida consideración de que el concurso había concluido, en razón a

que el DR. WILSON ALARCÓN me explicó que tales listas podían ser remitidas la siguiente semana o quizá después (...) de vuelta al juzgado (...) le pedí a WILSON HERNANDO, en la entrada del juzgado, que por favor me presentara la renuncia por cuanto ya se había cumplido el requisito de judicatura, que como ya estaban las nóminas hechas la renuncia sería con efectos a fin de mes. Nada me contestó, pero nunca presentó la renuncia, por lo cual el funcionario procedió a decretar la insubsistencia de quien estaba en provisionalidad y de conformidad con las leyes y los reglamentos. En reemplazo se designó a la DRA. GLORIA ESPERANZA MALAVER, quien es abogada titulada, tiene terminada una especialización y se venía desempeñando, hasta diciembre del año anterior, como oficial mayor del juzgado cuarto civil del circuito de Tunja (...)" (fls. 71-72 Anexo 3). (Subraya la Sala).

Manifestación anteriormente expuesta que se constituye en una *presunción iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario por la parte que la alega, y que deberá acreditarse a través de cualquier medio legalmente establecido y de manera suficiente.

3.2. De la condena penal impuesta al nominador y su relación con el proceso contencioso administrativo

Tal como fue solicitado por el demandante, y decretada como prueba por el Juzgado de primera instancia, a las presentes diligencias fue allegada la totalidad del proceso penal adelantado contra el Dr. SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS por el delito de concusión, en cumplimiento del auto del 25 de enero de 2012 (fl. 192).

Al respecto, la Sala advierte que si bien la naturaleza de las acciones penal y contencioso administrativa son distintas, las condiciones fácticas que motivaron la investigación adelantada en la primera de ellas contra el nominador del demandante son las mismas que se aducen en esta jurisdicción y que según el actor, son las razones por las que fue declarado insubsistente su nombramiento en provisionalidad.

En ese sentido, a efectos de establecer la procedencia de la valoración de las pruebas así recaudadas en el proceso penal, se destaca el pronunciamiento que el Consejo de Estado hiciera al respecto, el los siguientes términos:

"3.3.1. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada.

29.- La jurisprudencia de los últimos años del Consejo de Estado, con relación a la **eficacia probatoria de la prueba trasladada, sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes**¹³: (i) los normativos del artículo 185¹⁴ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con audiencia de ella¹⁵, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del

¹³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

¹⁴ "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella".

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

C.C.A¹⁶ [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (ii) las "pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad"¹⁷; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración¹⁸; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional¹⁹.

30.- A su vez, **como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (...)** (ii) las "pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. **Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer**"²⁰; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos²¹, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria²²; y, (v) **cuando la parte demandada "se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo.**

31.- En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601] considera que **"es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o**

¹⁶ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: "En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración". El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: "En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil". En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: "Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla". Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las "pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen". Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

²⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

²¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

²² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

cuando por acuerdo común entre las partes -avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, **cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante**, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...]

32.- Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia avanza y considera que **cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando "establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...]"** ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario"²³.

33.- De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en **"relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289²⁴ del Código de Procedimiento Civil.** Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito"²⁵. No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] **siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma**²⁶; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica²⁷; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; **(iv) puede valorarse**

²³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

²⁴ "Artículo 289. Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica".

²⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que "se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable". Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. "Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)". Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

²⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

²⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportado e invocado por el extremo activo de la litis²⁸." (Destaca el Tribunal).

En virtud de lo antes señalado, se advierte en el plenario que el apoderado de la Nación – Rama Judicial al contestar la demanda en el proceso de la referencia, precisó en el acápite de pruebas que **solicitaba tener como tales las pedidas por la parte actora** (fl. 49), situación que permite efectuar el análisis del material probatorio recaudado en el proceso penal adelantado contra el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, al unísono con las causales de nulidad invocadas por el demandante en contra del acto administrativo enjuiciado, con el fin de determinar las condiciones bajo las cuales se impuso la condena a dicho funcionario por el delito de concusión y por ende, si las mismas tienen nexo de causalidad con la decisión de declarar insubsistente al demandante.

3.3. De los cargos de nulidad elevados contra la Resolución No. 0001 de 2001

Esta Sala acoge lo expuesto por la Juez de Instancia, respecto a que si bien las causales de nulidad: desviación de poder y falsa motivación, que la parte demandante consideró inmersas en la Resolución No. 001 de 31 de enero de 2001, fueron invocadas en virtud del Decreto 01 de 1984, también se encuentran incluidas en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 137), lo que permite hacer alusión a la reciente jurisprudencia que frente a las mismas ha proferido el Consejo de Estado.

- **Desviación de poder**

Se presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, amparándose en la legalidad formal del acto, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia²⁹.

En ese sentido, el interesado en desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado debe demostrar la existencia de esa finalidad que contradice la ley, en la búsqueda de la satisfacción de intereses subjetivos.

Así pues, en el presente asunto las declaraciones rendidas en el proceso penal por algunos de los empleados del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja para la época de los hechos, dan cuenta del desempeño y calidades del actor, que permitan considerarlo como un empleado que cumplía a cabalidad con sus funciones, así lo destaca la Doctora OLGA AMPARO BERNAL

²⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Rad. No. 0318-14. C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

ARIZA, quien al ser interrogada sobre el desempeño laboral de la demandante, sostuvo (fls. 79-85 Anexo 3):

"PREGUNTADO: Manifieste a la Fiscalía qué funciones desempeñaba usted y HERNANDO MORALES. **CONTESTÓ:** La función que desempeñábamos HERNANDO MORALES y yo son exactamente las mismas que desempeñaba OSCAR RIVERA conmigo, que desempeñaba RUTH SALAMANCA conmigo, o sea las de sustanciación, siempre fueron las mismas independientemente quienes desempeñaran los cargos, los volúmenes de trabajo en el juzgado y en la sustanciación que es lo que me corresponde mencionar en este momento son terribles, pero siempre con OSCAR con RUTH o con HERNANDO siempre nos preocupábamos en que los procesos se sustanciaran o se proyectaran dentro de los términos que da la ley (...) Siempre de la sustanciación se encargaban solo los sustanciadores independientemente de la persona que se designara, el DR. SILVERIO AQUILINO a mí nunca me hizo un reclamo por deficiencia en el trabajo, y que yo sepa a ninguno de los otros sustanciadores. **PREGUNTADO:** Manifieste a la Fiscalía, en su criterio como era el rendimiento de HERNANDO MORALES y si le consta que este haya sido objeto de llamados de atención por parte del DR. SILVERIO AQUILINO. **CONTESTÓ:** Cuando yo llegué al juzgado de la licencia que yo estaba haciendo en el Tribunal HERNANDO MORALES ya estaba trabajando como sustanciador y cuando asumí nuevamente mis funciones como oficial mayor el trabajo era normal, lo que él no sabía me preguntaba, OLGA dónde está la norma, como se hace esto apenas normal (...), si habían medidas previas o actuaciones importantes de resolver entonces se coordinaba el trabajo para que todo se cumpliera sin trastorno alguno, esta labor fue siempre igual con cualquier sustanciador (...) En cuanto a llamados de atención a Hernando por parte del doctor Silverio Aquilino Cruz, en mi presencia jamás se dieron."

Y en los mismos términos se pronunció el Doctor OSCAR RÁUL RIVERA GARCÉS, (fls. 97-100 Anexo 3):

"PREGUNTADO: Indique a la Fiscalía qué opinión le merece a usted WILSON HERNANDO, como persona y servidor público. **CONTESTÓ:** WILSON HERNANDO es una persona muy cumplidora de su deber, cumplía con todas las tareas que el cargo le exigía, muy reservado, únicamente se limitaba a contestar el saludo o a saludar, poco le gustaba departir con sus compañeros, del señor juez, siempre observó buena conducta, muy estudioso, muy juicioso. **PREGUNTADO:** Manifieste a la fiscalía si durante el tiempo que WILSON HERNANDO MORALES, laboró al servicio del juzgado tercero civil del circuito de Tunja, se registró algún llamado de atención a éste por deficiencia en su trabajo. **CONTESTÓ:** Que yo tenga conocimiento, no señora, nunca observé que el DR. SILVERIO AQUILINO, le hubiera llamado la atención (...) **PREGUNTADO:** En cuanto al rendimiento laboral, cumplimiento en el trabajo, calidad del mismo, cómo calificaría usted la gestión desarrollada por WILSON HERNANDO, más aún si se tiene en cuenta que usted desempeñaba las funciones de secretario y por ende ejercía vigilancia y control sobre los demás empleados que laboraban al servicio del despacho judicial. **CONTESTÓ:** Como mi función se secretario, era pasar los procesos al despacho del señor juez, los que estaban para proferir sentencia, (...) y los procesos para sustanciar se los pasaba a los señores sustanciadores. En el juzgado hay dos sustanciadores. Para la época en que me están preguntando: lo desempeñaban OLGA AMPARO BERNAL ARIZA Y WILSON HERNANDO MORALES HURTADO. Quienes siempre evacuaron su trabajo en forma cumplida (...) para mí el trabajo de los sustanciadores, en cuanto a sustanciación, es decir, el impulso procesal, para mí, considero que fue bueno no se registró inconveniente alguno con el trabajo de WILSON HERNANDO, nunca observé que alguna providencia fuera en contra de derecho, su rendimiento, para mí bueno (...)"

Entonces, aunque los testimonios relacionados son coincidentes en afirmar de manera genérica que el demandante era un empleado que cumplía con sus deberes, el Consejo de Estado ha sostenido que el buen desempeño de los funcionarios no genera fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad discrecional que se presume ejercida en aras del buen servicio³⁰ y en el presente caso, no existe ningún medio de prueba tendiente a acreditar que con el retiro del demandante se haya producido una desmejora en el servicio judicial.

En ese contexto, encuentra la Sala que al cuestionar al Doctor OSCAR RAÚL RIVERA GARCÉS en el proceso penal, respecto a las razones por las cuales se declaró insubsistente al accionante, contestó que (fl. 100 Anexo 3):

"PREGUNTADO: manifieste a la fiscalía si usted sabe o conoce el motivo por el cual fue declarado insubsistente WILSON HERNANDO MORALES. **CONTESTÓ:** El DR. AQUILINO, me comentó que él había sido nombrado para que realizara la judicatura, en el juzgado, y como el señor WILSON no renunció el DR. AQUILINO, manifestaba que necesitaba designar un abogado para que le colaborara de fondo, que por tal motivo se profirió la resolución, la cual yo como secretario le notifiqué conjuntamente con el señor juez, dicha resolución (...) **PREGUNTADO:** Manifieste a la fiscalía quién sucedió en el cargo a WILSON HERNANDO MORALES. **CONTESTÓ:** una DRA. GLORIA MALAVER, pues según presentación que hizo el doctor en secretaría es abogada titulada con pos-grado en un área del derecho que no sé cuál será, ha ocupado los cargos de juez e inspectora (...)" (Subraya de la Sala).

Por lo anterior, no se discute que el motivo por el cual el nombramiento del actor fue declarado insubsistente estuvo dirigido al mejoramiento del servicio, el cual no pudo ser desvirtuado por el actor pues, tal como él mismo lo expresó en el escrito inicial "buscó una primera oportunidad laboral en actividades afines a su carrera, que le procurara además de un ingreso económico, cumplir con el requisito de judicatura exigido legalmente para optar el título de profesional" (fl. 13), es decir, había terminado las materias correspondientes a la carrera de derecho, mientras que la persona que llegó en su reemplazo, era una abogada titulada, con especialización y experiencia en dicho cargo, afirmación que si bien no tiene soporte probatorio en el plenario, con el fin de cotejar las calidades profesionales del demandante y ésta, fue plasmada en la resolución de insubsistencia y a lo largo del presente proceso, sin que el actor hiciera manifestación contraria al respecto.

En consecuencia, con fundamento en la eficacia de la prueba, su neutralidad o la oportunidad de contradicción, el artículo 177 de Código de Procedimiento Civil establece que incumbe a las partes enfrentadas en un litigio probar "el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen"; es decir, que **el accionante debió probar el desmejoramiento del servicio que alega o la existencia de motivos distintos del interés general** que llevaron al Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja a declarar insubsistente su nombramiento.

³⁰ CE. SCA. S2, Sub. "B". Sentencia de 26 de abril de 2012. Rad. No. 1205-10. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Probanza que echa de menos esta Corporación y que permitiría establecer la afectación o desmejora del servicio con ocasión del acto demandado y asegurar que el mismo se inspiró en razones diversas del buen servicio y en la misma línea, tampoco fue acreditado que la empleada nombrada en reemplazo del actor, no garantizaba el buen servicio a cargo de la entidad, en tal sentido **la parte interesada no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a acreditar el desmejoramiento del servicio**, por lo que frente a este cargo de nulidad las pretensiones no prosperan.

- **Falsa motivación**

El Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2016, proferida dentro del proceso con Rad. No. 25000-23-24-000-2008-00265-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso, indicó que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

Por ello, explicó que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por ello, el impugnante tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

En virtud de lo anterior, dicha Corporación precisó que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando:

- i) Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública.
- ii) Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas.
- iii) Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y
- iv) Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

Sobre el particular, se observa en el hecho sexto de la demanda (fl. 14) que el apoderado del accionante señaló que *“ante la apremiante necesidad económica por la que atravesaba su familia, su deseo de cumplir con su judicatura y la absoluta imposibilidad de una alternativa laboral distinta, el joven WILSON HERNANDO, no tuvo más remedio que aceptar tan humillante e injusto condicionamiento”*, refiriéndose a la *“imposición para la permanencia en el cargo”*, que indicó fue efectuada por el Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas, esto es, que debía distribuir parte de su salario entre tres compañeras del trabajo, a partir del mes de abril del año 2000.

Y más adelante, en el hecho octavo del libelo inicial, se manifestó que *“esta irregular situación se mantuvo hasta el 31 de noviembre de ese año (2000)”*;

relación fáctica de la cual se concluye que con su actuar, el demandante mantuvo en el tiempo, esto es, por más de ocho meses, la concreción del ilícito por el cual fue condenado penalmente el titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja de la época (Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas), y por tanto, considera el Tribunal que el accionante con su actuar, incurrió en una conducta culposa que se tradujo en la aceptación de la distribución de su salario, pues era su deber, como funcionario público, poner dicha situación en conocimiento de las autoridades respectivas desde el primer momento en que se presentó y no, como sucedió en este caso, que se inició la investigación penal a partir de la compulsa de copias que hiciera el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala Civil Familia (fl. 261), en virtud del interrogatorio efectuado a la madre del accionante, señora MARÍA HURTADO DE MORALES (fls. 244-246), en el curso de una acción de tutela por ella interpuesta contra CAJANAL, al no haber sido incluida en nómina de pensionados como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida (fls. 217-273), circunstancia que no exime al demandante de su participación en el hecho punible.

Adicionalmente, la Sala advierte que las personas que declararon en el curso del proceso penal adelantado contra el Dr. Cruz Rojas, no fueron más que testigos de oídas, toda vez que fueron claros en manifestar que la situación aquí expuesta por el accionante les fue comentada por él mismo, sin que se allegara prueba distinta que esclareciera efectivamente la responsabilidad del Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja que permitiera en este caso, establecer sin duda alguna que los antecedentes de la Resolución de declaratoria de insubsistencia, tuvieron motivo distinto al mejoramiento del servicio, plasmado en dicho acto administrativo.

En consecuencia, resulta claro para esta instancia que los cargos de nulidad de falsa motivación y desviación de poder, alegados por el demandante, no tuvieron acreditación probatoria en este proceso, tal como lo dejó plasmado la *a quo* en la sentencia apelada, lo cual conlleva a que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues se reitera, en atención al mandato del artículo 177 del CPC, frente a los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso para que los derechos le sean reconocidos y aunque el juez tiene la potestad de ejercer las facultades probatorias de oficio, no está llamado a suplir dichas cargas de las partes en cuanto al recaudo del material probatorio, quedando incólume la presunción de legalidad inherente al acto administrativo demandado, pues no se demostró lo contrario.

4. COSTAS

Por no evidenciarse temeridad o mala fe de las partes, conforme al artículo 171 del CCA no se dictará condena en costas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2015 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
SECCIÓN CUARTA - BOYACÁ
BOYACÁ, 27 de mayo de 2016
CL. SECRETARÍA

HOJA DE FIRMAS

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150002331000-2001-01062-01
Accionante: WILSON HERNANDO MORALES HURTADO
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **20 FEB.** 2018

ACCIONANTE:	JESÚS EDUARDO TENORIO PERLAZA
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE TASCO
REFERENCIA:	156933331002200922137-01
ACCIÓN:	POPULAR
ASUNTO:	Resuelve Recurso De Queja

Decide la Sala el recurso de queja interpuesto por el municipio de tasco, contra la providencia de 30 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se decidió no acceder a la solicitud de corrección de la decisión de rechazar por extemporáneo el recurso de reposición y rechazar por improcedente el recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES

Por media providencia del 12 de julio de 2017, Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, decide no acceder a la solicitud de recepción del testimonio de la Sra. NELLY ASTRID PÉREZ CARREÑO, por considerarlo improcedente pues según el Despacho no se está debatiendo la capacidad financiera del municipio.

Inconforme con esta decisión, el apoderado de la entidad demandada interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la decisión anterior, la cual fue allegada a través de correo electrónico recibido el 19 de julio de 2017 a las 5:37 pm, (fl. 25-27).

Mediante auto del 9 de agosto de 2017, el Juez a quo decide rechazar por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto y correr traslado del recurso de apelación de conformidad con el art. 244 CPACA, (fl. 33 vto).

A través de escrito allegado el 15 de agosto de 2017, la apoderada judicial de la entidad demandada allegó escrito en el que solicita la

corrección de la providencia que rechazó el recurso de reposición señalando que el juez incurrió en error y considera que el recurso se interpuso en término mediante correo electrónico allegado el 9 de agosto del mismo año y adicionalmente sustenta el recurso de apelación (fl.34-35).

Con auto del 30 de abril de 2017, el Juzgado decide:

"1. no acceder a la solicitud de corrección elevada por la Mandataria Judicial del señor NELSON JAVIER GARCÍA CASTELLANOS.

2. rechazar por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto calificado de julio de 2017."

Como argumentos de decisión el Juez señaló que el recurso fue remitido vía correo electrónico el 19 de julio de 2017 a las 5:43 PM, tiempo en el cual el Juzgado ya había efectuado el cierre del Despacho de conformidad con los términos judiciales, por lo que se tuvo en cuenta como fecha de ingreso el día hábil inmediatamente siguiente, esto es el 21 de julio del mismo año y frente al recurso de apelación señaló que el mismo no procede, como quiera, que en las acciones populares el recurso de apelación únicamente procede contra la sentencia y el auto que resuelve lo concerniente a las medidas cautelares acorde con lo previsto por el artículo 26 de la Ley 472 de 1998.

Con escrito recibido el 6 de septiembre de 2017, la apoderada del ente demandado allegó recurso de reposición y en subsidio queja contra las decisiones del a quo (fl. 43-45).

Finalmente a través de auto del 20 de septiembre de 2017, el Juez a quo resolvió no reponer el auto del 30 de agosto de 2017 y conceder en el efecto suspensivo el recurso de queja (fl.48 vto).

RECURSO DE QUEJA

El apoderado de la parte actora dentro del término previsto en el artículo 353 del C.G.P. interpone, recurso de reposición y en subsidio Queja, para que se revoque el auto del 30 de agosto de 2017 y en su lugar se conceda el recurso de apelación contra el auto de fecha del 12 de julio de 2017 que negó la recepción del testimonio de NELLY ASTRID PÉREZ CARREÑO.

Expone que el Juez de instancia se equivocó al hacer una inapropiada interpretación de la Ley 472 de 1998, pues menciona que

no se determina que pasos deben seguirse cuando se está en presencia de trámite incidental dentro de una acción popular.

Menciona que el recurso de reposición fue negado por concluir que este fue enviado de forma extemporánea, ya que este había sido recibido el día en que se vencía el término, 45 minutos fuera del horario manejado por el Despacho.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. De la procedencia y oportunidad del recurso de queja

Advierte la Sala que el artículo 352 y 353 del Código de General del Proceso, regula el recurso de queja así:

“Artículo 352. Procedencia. Cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja para que el superior lo conceda si fuere procedente. El mismo recurso procede cuando se deniegue el de casación.

Artículo 353. Interposición y trámite. El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.

Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. Expedidas las copias se remitirán al superior, quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente.

El escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso.

Si el superior estima indebida la denegación de la apelación o de la casación, la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto en que corresponda en el primer caso.”

Por otra parte advierte la Sala que el artículo 36 de la Ley 472 de 1998, dispone que contra los autos dictados dentro del trámite de la acción

popular procede el recurso de reposición, mientras que el artículo 37 de esa misma Ley prevé que el recurso de apelación procede contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad que señala el Código de Procedimiento Civil ahora Código General del Proceso¹, recurso éste que también procede respecto del auto que decreta medidas cautelares, a términos del artículo 26 ibídem.

Lo anterior significa como lo indicó el a quo, que en los procesos de acción popular el recurso de apelación procede solamente contra la sentencia que se profiera al término de la primera instancia y el auto antes citado, y que los demás "... autos dictados durante el trámite de la acción popular" sólo son pasibles del recurso de reposición, salvo que exista norma en contrario o vacío que exija la remisión al código de la respectiva jurisdicción, en este caso, al C.P.A.C.A., atendiendo al artículo 44 de la Ley 472 de 1998, en los aspectos no regulados en esa Ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de dicha acción.

No obstante lo anterior el Consejo de Estado ha realizado una interpretación sistemática y no restrictiva de la Ley 472 de 1998 y de su artículo 36, con miras a garantizar el derecho de acceso efectivo a la administración de la justicia, concluyendo que el recurso de apelación procede también en contra del auto que rechaza la demanda, al manifestar que:

"Como el contenido integral de la ley 472 de 1998 no hizo regulación especial respecto del recurso procedente contra el "auto de rechazo de la demanda"; como el artículo 36 ibídem, declarado executable, sólo prevé la reposición para los autos dictados dentro del trámite del proceso; y como el auto de rechazo de la demanda es precisamente indicativo de inexistencia de proceso, debe aplicarse el artículo 44 de la ley 472, que remite a las normas del C. C. A "en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones".

"(...)

"(...) Y se considera que ese artículo debe aplicarse porque el estudio integral de la ley 472 de 1998 así lo apunta. Recuérdese que lo previsto por ella en materia de

¹ Aplicable a los procesos que se tramitan en esta jurisdicción desde el 1º de enero de 2014, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sala Plena en providencia del 25 de junio de 2014, exp. No. 2012-03951, M.P. Dr. ENRIQUE GIL

recursos, atañe exclusivamente, con los autos dictados dentro del trámite de la acción referida y, por lo tanto, no puede tener implicación para el auto de rechazo de la demanda porque, por su naturaleza, no es de aquellos que se dictan dentro del trámite del proceso de acción popular, debido precisamente a que frustra el inicio del juicio.

" Por lo tanto, al no existir regulación expresa en la ley 472 de 1998 frente al auto de rechazo de la demanda, pues sólo regula los recursos respecto de los autos dictados dentro del proceso, se debe aplicar el C. C. A., por remisión expresa del artículo 44 de la ley en comento toda vez que no se opone a la naturaleza y finalidad de tales acciones.

"Entonces en las acciones populares el auto de rechazo de la demanda será recurrible en apelación por dos situaciones jurídicas: la primera concerniente a que la ley determinó que los procesos promovidos en ejercicio de las acciones populares tienen dos grados de decisión y la segunda situación, referente a que el C. C. A prevé que el auto de rechazo de la demanda en asunto de dos instancias es apelable. "2

También por vía jurisprudencial se ha señalado que decisiones como las de no acceder al llamamiento en garantía es susceptible de ser apelada siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos³.

No obstante lo anterior, no existe respaldo normativo ni jurisprudencial que haya determinado la posibilidad de que otras providencias como por ejemplo la que niega la solicitud de nulidad procesal pueda ser objeto de impugnación ante el superior jerárquico⁴, como tampoco la que niega la solicitud de pruebas como ocurre en el presente caso. En efecto en providencia del 23 de julio de 2007⁵, dijo el Consejo de Estado:

Así las cosas, para la Sala, al interpretar la norma contenida en el artículo 36 de la ley 472 de 1998, la ley

² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 21 de enero de 2003, Expediente núm. 2002 2188 -01 (AP-752) IJ; Consejera Ponente: Dra. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

³ Ver providencia del Consejo de Estado. Auto del 29 de agosto de 2011. Exp.: 2010-00505. Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, providencia del 8 de junio de dos mil doce 2012 exp. No. 25000-23-24-000-2010-00372-01 (AP)

⁵ Rad. No. 2500002324000200502295-01, M.P. Dr. ENRIQUE GIL BOTERO

señaló expresamente las providencias que son pasibles del recurso de apelación, esto es, la sentencia en sí misma (art. 37 *ibídem*), así como el auto que resuelva las medidas previas -cautelares - (art. 26 *ibídem*); por consiguiente, todas las demás providencias que se profieran a lo largo del trámite de la acción popular, son susceptibles del recurso de reposición (**v.gr. el auto que niega el decreto o práctica de una prueba, o el que corre traslado para alegar de conclusión**). (subraya y negrilla fuera de texto).

En ese contexto, de conformidad con lo previsto por los artículos 26, 36 y 37 de la Ley 472 de 1998 y lo dicho por el Consejo de Estado en los referentes arriba citados, se establece que el único recurso procedente contra el auto que deniegue el decreto o practica de una prueba pedida oportunamente es el de reposición, circunstancia que excluye la procedencia del recurso de apelación, como a bien lo concluyó el Juez de primera instancia, razón por la cual se tiene por bien denegado el recurso de apelación interpuesto.

Por otra parte, cabe advertir que el artículo 109 del CGP, mencionada regula la presentación y tramite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones, con constancia de fecha y hora de presentación de los mismos expedida por el secretario de cada Despacho, en tal sentido el Consejo de estado al hacer el análisis frente a la incorporación de memoriales señaló⁶:

"Artículo 109. Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones. El secretario hará constar la fecha y hora de presentación de los memoriales y comunicaciones que reciba y los agregará al expediente respectivo; los ingresará inmediatamente al despacho solo cuando el juez deba pronunciarse sobre ellos fuera de audiencia. Sin embargo, cuando se trate del ejercicio de un recurso o de una facultad que tenga señalado un término común, el secretario deberá esperar a que este transcurra en relación con todas las partes.

Los memoriales podrán presentarse y las comunicaciones transmitirse por cualquier medio idóneo.

Las autoridades judiciales llevarán un estricto control y relación de los mensajes recibidos que incluya la fecha y hora de recepción. También mantendrán el buzón del

⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo., Sección Quinta, CP. Dr. Alberto Yepes Barreiro Auto 2017-00028 de octubre 19 de 2017

correo electrónico con disponibilidad suficiente para recibir los mensajes de datos.

Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término." (Resalta el Despacho).

Concomitante con lo anterior en un pronunciamiento, la Sección Quinta del Consejo de Estado, al hacer referencia sobre el manejo de los medios electrónicos llego a la conclusión de:

"LA IGNORANCIA EN EL MANEJO DE TEMAS ELECTRÓNICOS, NO EXONERA AL ABOGADO DE SU DEBER COMO PROFESIONAL DEL DERECHO, DE CUMPLIR CON LOS TÉRMINOS PROCESALES Y DE ASEGURARSE DE PRESENTAR MEMORIALES EN TIEMPO. LA ÚNICA FORMA DE ALLEGAR LOS MEMORIALES A UN PROCESO JUDICIAL NO ES A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO PUES LA NORMA DISPONE QUE ESTOS PODRÁN PRESENTARSE Y LAS COMUNICACIONES TRANSMITIRSE POR CUALQUIER MEDIO. POR TANTO, QUIEN ALLEGA UN MEMORIAL POR MEDIO ELECTRÓNICO EXTEMPORÁNEAMENTE NO PUEDE ALEGAR QUE NO CUENTA CON LAS HERRAMIENTAS ACADÉMICAS O EXPERIENCIA EN ASUNTOS TÉCNICOS COMO EXCUSA DE LA EXTEMPORANEIDAD, PUES CUENTA CON OTROS MEDIO IDÓNEOS"

De acuerdo a los razonamientos que se han venido esbozando, sin duda, si la ahora recurrente, estaba inconforme con la decisión tomada por el Despacho de negar el testimonio solicitado, también es claro que tuvo oportunidad de recurrirlo oportunamente y no puede ahora revivir el término, aprovechando un recurso de queja para discutir tal determinación que quedó en firme.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ESTÍMASE BIEN DENEGADO el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 30 de agosto de 2017, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen.

Esta Providencia se estudió y aprobó en la Sala de Decisión No. 4, según consta en Acta de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

JUDICIAL ADMINISTRATIVO
de DUITAMA
Frente al Poder Judicial
Calle 1 de Mayo No. 100
Bogotá, D.C.
2017