

**REPÚBLICA DE COLOMBIA****TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 01**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 10 DIC 2019

**REFERENCIAS**

|                   |                                 |
|-------------------|---------------------------------|
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA              |
| DEMANDANTE:       | MARIA DEL SOCORRO BAYONA MOJICA |
| DEMANDADO:        | NACIÓN – RAMA JUDICIAL          |
| RADICACIÓN        | 150013333005201400031-01        |

=====

La Sala procede a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja que negó las pretensiones de la demanda. Al respecto, se confirmará la decisión recurrida.

**I. ANTECEDENTES****I.1. LA DEMANDA.** (fol. 2-15)

María del Socorro Bayona Mojica a través de apoderado judicial, promovió demanda de reparación directa contra la Nación-Rama Judicial- a fin de que se le declare administrativa y extracontractualmente responsable por los perjuicios causados por el error judicial en que incurrió en segunda instancia dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho con número de radicado 1500023310000200101816/01.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó el pago de perjuicios materiales que estima en \$650.000.000; a su vez, pidió se condene

a la demandada al pago de una indemnización material liquidada con base en todos los salarios y emolumentos dejados de devengar en relación con el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 605 Grado 06 del que fue desvinculada desde el 4 de junio de 2001.

De otro lado, solicitó que la demandada asuma directamente o a través de un fondo una pensión vitalicia de jubilación mensual a su favor, conforme al cargo que desempeñaba al momento de ser desvinculada por parte de la Secretaria de Educación de Boyacá. A su turno, pidió que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, en audiencia pública, en la Plaza de Bolívar de Tunja, en acto especial y exclusivo que se transmita por radio y televisión, la entidad accionada le pida perdón por incurrir en irregularidades consistentes en la falla del servicio público de administración de justicia, de cuyos actos administrativos debe hacer publicación en periódico El Espectador y en el diario El Tiempo.

Así mismo, pidió que se le reconozca y pague por los siguientes conceptos: i) daño moral objetivo la suma de 600 SMLMV, ii) daño moral subjetivo la suma de 700 SMLMV y iii) daño a la vida en relación la suma de 800 SMLMV. Que la sentencia se dé en cumplimiento de los artículos 187 y s.s. del CPACA. Y por último, se condene en costas y gastos procesales a la parte demandada.

Los fundamentos fácticos que soportan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

\_\_\_ Señaló que mediante apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento de Boyacá y la Secretaría de Educación, a fin de que se anulara el acto administrativo que la retiró de su cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 605, Grado 06 de la Planta de Personal del Jardín Infantil Nacional del Municipio de Tunja ocupado en provisionalidad.

\_\_\_ Indicó que dicho proceso radicado con el No. 15000233100020010181600 conoció en primera instancia el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, quien mediante sentencia de 30 de agosto de 2010 accedió a las pretensiones reclamadas.

\_\_\_ Preciso que la anterior decisión fue objeto de apelación, recurso desatado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que a través de fallo de 10 de agosto de 2011, revocó la providencia recurrida y negó las pretensiones.

\_\_\_ Manifestó que la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incurre en un vía de hecho, pues desconoce y se aparta caprichosamente del

precedente consignado por la Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010, que establece la necesidad de motivar los actos administrativos que desvinculen un empleado público nombrado en provisionalidad.

### **I.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.** (Fol. 161-171).

Con sentencia de 5 de mayo de 2015, el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja negó las pretensiones de la demanda. Para ello argumentó lo siguiente:

Que en la providencia objeto de reparación directa están plenamente expuestos los argumentos que le sirvieron de base al Tribunal Administrativo para apartarse del criterio fijado en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencia SU- 917 de 2010, y que sustentó en razón a la postura adoptada por el Consejo de Estado frente a la no equiparación de los empleados nombrados en provisionalidad con los empleados nombrados por concurso de méritos inscritos en carrera administrativa.

Que los argumentos esgrimidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá, constituyen una justificación razonable para que se apartara del precedente de la Corte Constitucional, en cuanto, se soportan: i) en una reiterada interpretación hecha por el Consejo de Estado, como órgano de cierre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se sostiene sobre razones de orden constitucional y legal; ii) las razones esbozadas por el Tribunal para apartarse del criterio interpretativo de la Corte Constitucional se encuentran consignadas en el fallo que emitió en segunda instancia; iii) fundamenta su decisión en leyes e interpretaciones vigentes para la época en que ocurrieron los hechos que conllevó la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Es así, que concluyó que en el presente asunto no se configuró el error jurisdiccional aducido por la parte demandante.

### **I.3. RECURSO DE APELACIÓN.** (Fol. 177-196).

En desavenencia con la decisión adoptada por el A quo, la parte demandante formuló recurso de apelación bajo los siguientes argumentos:

Manifestó que el juez de instancia desconoció un centenar de sentencias del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional que

constituyen derecho, por cuanto, tienen el carácter de precedente de inevitable observancia so pena de que se incurra en responsabilidad.

Señaló además que no era posible que el funcionario judicial se sustrajera de la obligación de aplicar el derecho contenido en la sentencias de la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, referente al retiro de empleados en situación de provisionalidad desempeñando cargos de carrera administrativa y su debida motivación.

Agregó entonces que la entidad demandada no actuó en el sentido que legal y constitucionalmente le correspondía, al desconocer las reglas del precedente judicial, dado que las consideraciones propuestas en la sentencia de 10 de agosto de 2011 como justificación no corresponden con la realidad material y jurídica.

Destacó que el Ad quem, al proferir la decisión de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2001-01816-00/01, desconoció los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia, cuando el retiro se produce a través de acto sin motivar, y por el contrario, decidió no acceder a las pretensiones allí invocadas, cuando en efecto su desvinculación se produjo con violación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Subrayó que no se observó el salvamento de voto proferido por uno de los Magistrados que integró la Sala de Decisión de este Tribunal donde se dictó la sentencia de 10 de agosto de 2011, y del cual se puede extraer la advertencia que en su momento se realizó sobre el deber de acatar el precedente.

Así pues, afirmó que no existe explicación alguna para que el Ad quem se hubiese apartado del régimen de especial protección y de estabilidad establecido a favor de los funcionarios nombrados en provisionalidad, específicamente de los desarrollados en la sentencia SU-917 de 2010, acerca de las decisiones que se deben adoptar cuando se trate del retiro arbitrario de empleados públicos que desempeñen cargos de carrera en provisionalidad y cuyos actos administrativos carezcan de motivación.

#### **I.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Dentro del término para presentar alegatos de conclusión, las partes no se pronunciaron y tampoco el Ministerio Público emitió concepto al respecto.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala confirmará la sentencia apelada, toda vez que, si bien la providencia acusada se encontraba en firme y la misma se impugnó en debida forma, no se demostró la existencia de un error judicial.

### **II.1. LO QUE SE DEBATE Y PROBLEMA JURÍDICO.**

#### **1.1. Tesis del juez de instancia.**

Consideró que los argumentos esbozados en la providencia objeto de reparación para apartarse del precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencia SU- 917 de 2010, son razonables y justificables puesto que adoptó la postura sentada por el Consejo de Estado frente a la no equiparación de los empleados nombrados en provisionalidad con los empleados nombrados por concurso de méritos inscritos en carrera administrativa, y con ello, la no necesidad de motivar aquellos actos administrativos que retiren a dichos servidores públicos. En ese orden, concluyó que en el presente asunto no se configuró el error jurisdiccional aducido por la parte demandante.

#### **1.2. Tesis del apelante (demandante).**

Manifestó que no son aceptables la razones expuesta por el A quem en la providencia de 10 de agosto de 2011, para apartarse del precedente establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010 sobre la obligación de motivar los actos administrativos que desvinculen a empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, y por el contrario, negarle las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que reclamó dentro del proceso radicado bajo el No. 2001-01816-00/01. Dijo que con ello se desconoció la línea jurisprudencial decantada por la Corte Constitucional acerca de este tema, así como los efectos que producen las sentencias de unificación que esta Corporación emita, con lo cual se le lesionó su derecho a la administración de justicia y se incurrió en error judicial.

#### **1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis de la Sala.**

Conforme las posturas sentadas por los sujetos procesales, la Sala la propone los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996?

2. ¿Con la expedición de la providencia acusada se configuró un error judicial?

En caso afirmativo ¿es posible la imputación a la demandada Nación – Rama Judicial, para que responda patrimonialmente de los perjuicios que reclama el accionante?

Al primer interrogante, la Sala responderá que **SI** se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996 determinante para estudiar de fondo el asunto. Sin embargo, **No** se configuró un error judicial con la expedición de la providencia acusada, puesto que en virtud de la autonomía e independencia del juez, podía acoger cualquiera de las posturas fijadas por alguna de las dos Altas Cortes en el tema de motivación o no de los actos de retiro del servicio de empleados provisionales y no necesariamente ello conlleva un error judicial como lo alega la demandante, pues se trata de un aspecto interpretativo que resultó desfavorable a las pretensiones de la demandante y no de un yerro grosero de la administración de justicia.

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.)* la relación de los hechos probados, *ii.)* el estudio en concreto del problema jurídico, y, finalmente, *iii.)* la conclusión y el sentido de la decisión.

## **II.2. DE LAS AFIRMACIONES SOBRE LOS HECHOS.**

Dentro del expediente se encontraron demostradas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

\_\_\_ Mediante demandada de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora María del Socorro Bayona Mojica a través de apoderado, contra el Departamento de Boyacá, solicitó la nulidad del acto administrativo que la retiró del cargo que desempeñaba en provisionalidad en el Jardín Infantil Nacional de la Ciudad de Tunja (Fol. 77-86 Cdno Pruebas Parte Dte).

\_\_\_ Proceso que Correspondió en primera instancia por reparto al Juzgado Quinto Administrativo de Tunja radicado con el No. 150002331000200101816-00. Con sentencia de 30 de agosto de 2010 accedió a las pretensiones de la demanda (Fls. 24-44 Cdno Pruebas Parte Dte).

\_\_\_ Que apelada la anterior decisión, el Tribunal Administrativo de Boyacá-Sala de Decisión No. 2, mediante sentencia de 10 de agosto de 2011, revocó el fallo recurrido (Fls. 47-57). Que tal decisión fue

objeto de un salvamento de voto por el Magistrado Francisco Antonio Iregui Iregui integrante de dicha Sala (Fol. 195).

\_\_\_ Es oportuno mencionar que reposa en su integridad el expediente contentivo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 2001-01816-00/01, demandante: María del Socorro Bayona Mojica contra Departamento de Boyacá (Fls. 70-274 Cdno Pruebas Parte Dte).

\_\_\_ A su vez, se rescata que figura copia de la Resolución No. 01439 de 4 de junio de 2001, expedido por el Secretario de Educación de Boyacá, *"Por la cual se termina un nombramiento provisional"* (Fol. 73 Cdno Pruebas Parte Dte).

### **II.3. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL.**

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como aquel *"cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley"*. A su vez, el error jurisdiccional se define como el que se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, es decir, aquellas resoluciones judiciales mediante las cuales se interpreta y aplica el Derecho.

Así mismo, la Sala ha establecido que el error jurisdiccional como título de imputación de responsabilidad del Estado se presenta siempre que *"una providencia judicial en firme, y con independencia de si fue proferida con culpa o sin ella, pero que es equivocada porque no se ajusta a la realidad procesal o a la ley, se causa un daño antijurídico que debe ser reparado"*<sup>1</sup>.

En los artículos 67, 68 y 69 de la Ley 270 de 1996, el legislador consagró tres hipótesis para la configuración de la responsabilidad del Estado por la actividad del aparato judicial: i) el error jurisdiccional; ii) la privación injusta de la libertad; y, iii) el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

El artículo 67 estableció los dos presupuestos para la configuración de la responsabilidad por error jurisdiccional: i) la interposición de los recursos de ley por parte del afectado, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en

---

<sup>1</sup> C.E. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

virtud de una providencia judicial y; ii) la providencia contentiva de error debe estar en firme.

Respecto al primer elemento, el Consejo de Estado indicó que el interesado debe agotar los recursos de ley, es decir, los medios de defensa judicial que tiene a su alcance para evitar que el perjuicio se ocasione por su propia negligencia y no por el error judicial. Igualmente, tales recursos deben corresponder a los mecanismos idóneos respecto de la decisión cuestionada, es decir *"aquellos que no sólo permiten el examen limitado de la decisión con el objeto de corregir los errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, sino que pueden interponerse sin sujeción a las rígidas causales que operan para los extraordinarios"*<sup>2</sup>.

En cuanto al segundo elemento, *"la norma exige que el error se encuentre contenido en una providencia judicial que esté en firme, esto es, que haya puesto fin de manera normal o anormal al proceso, lo cual tiene pleno sentido ya que si la misma todavía puede ser impugnada a través de los recursos ordinarios, no se configura el error judicial"*<sup>3</sup>.

Así mismo, la providencia judicial debe ser contraria a derecho, *"bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho)"*<sup>4</sup>.

Según la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las condiciones necesarias para estructurar la responsabilidad del Estado por un error jurisdiccional, son las siguientes<sup>5</sup>:

"a) En primer lugar, del concepto mismo, es lógico inferir que el error jurisdiccional debe estar contenido en una providencia judicial que se encuentre en firme. Efectivamente, aun cuando una decisión judicial resulte equivocada, si ésta aún puede ser revocada o modificada, el daño no resultaría cierto, pues el error no produciría efectos jurídicos y, además, podría superarse con la intervención del superior funcional. (...)

"b) Tal y como se deduce de pronunciamientos anteriores de esta Sección, el error jurisdiccional puede ser de **orden fáctico** o normativo. El primero, supone diferencias entre la realidad

---

<sup>2</sup> Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, Exp. 16594, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2001, Exp. 13164, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>3</sup> C.E., Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de julio de 2012, expediente 22581, C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>4</sup> C.E., Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16.594, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>5</sup> Sentencias del 27 de abril de 2006, expediente: 14837 y 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

procesal y la decisión judicial, porque i) no consideró un hecho debidamente probado o ii) se consideró como fundamental un hecho que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, i) porque no se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho o ii) porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso. **El error normativo o de derecho**, supone equivocaciones i) en la aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y, ii) cuando se aplicaron normas inexistentes o derogadas u otros similares.

"c) El error jurisdiccional debe producir un daño personal y cierto que tenga la naturaleza de antijurídico, esto es, que el titular no tenga la obligación jurídica de soportar. Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos.

"d) La equivocación del juez o magistrado debe incidir en la decisión judicial en firme, pues como bien lo sostiene la doctrina española: "el error comentado (judicial) incide exclusivamente en la potestad jurisdiccional que se materializa en la sentencia o resolución -auténtica declaración de voluntad del órgano que ostenta aquélla-, siempre ha de consistir en aplicar la norma que a cada supuesto corresponde, el error ha de radicar en un equivocado enjuiciamiento o no aplicación a aquél de la solución únicamente querida por el legislador<sup>6</sup>7.

Así mismo, al acudir a la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado para entender el objetivo de la reparación directa por error judicial, en sentencia de 6 de marzo de 2013<sup>8</sup> desarrolló no solo la finalidad para la que fue instituida sino también como se configura el error jurisdiccional, para lo cual recopiló varios de los pronunciamientos emitidos por esa misma Corporación en su Sección Tercera y Plena sobre el tema y destacó de manera extensa lo siguiente:

"Visto lo anterior y antes de apresurar una conclusión que unifique los criterios expuestos por la Corporación a través de las decisiones citadas, es necesario resaltar que la censura que el juez contencioso administrativo efectúa mediante la acción de reparación directa por error jurisdiccional, no es más que un juicio de legalidad sobre la providencia cuestionada, en tanto, dentro de él se resuelven pretensiones que implican confrontación normativa, no sólo con relación al ordenamiento positivo, sino, también, frente a los principios y valores edificantes del sistema

---

<sup>6</sup> Reyes Monterreal, José María. La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Editorial Colex. Madrid. 1995. Página 24.

<sup>7</sup> C.E. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837.

<sup>8</sup> C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-00639-01(24841) Actor: Luis Hugo Rojas Rodríguez Y Otros.

jurídico, que buscan desde una perspectiva eminentemente teleológica la adecuación permanente del desarrollo institucional y conceptual a lo esbozado por el constituyente o legislador y a los fundamentos conceptuales y filosóficos que sirvieron de sustento para diseñar la Carta Política del Estado y la legislación que la desarrolla. Se trata por ende, en principio, de una justicia de interés general, de necesario acceso ciudadano, permanente y garantizadora de la estabilidad institucional<sup>9</sup>.

(...)

Al respecto, como se anotó ad initio de estas consideraciones, la Sala entiende por "providencia contraria a la ley" aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma. Hay que entender incluida en la definición de error jurisdiccional además las providencias contrarias a la Constitución, que de acuerdo con el artículo 4º es norma de normas<sup>10</sup>.

Es decir, se reiteran los pronunciamientos anteriores de esta Sección, para confirmar que el error jurisdiccional puede ser de orden fáctico o normativo. El primero, supone diferencias entre la realidad procesal y la decisión judicial, porque i) no consideró un hecho debidamente probado o ii) se consideró como fundamental un hecho que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, i) porque no se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho o ii) porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso). El error normativo o de derecho, supone equivocaciones i) en la aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y ii) cuando se aplicaron normas inexistentes o derogadas y otros similares.

(...)

En el mismo sentido, queda claro que la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo deniega la configuración del error jurisdiccional en circunstancias que se mueven en la esfera de lo cuestionable, por cuanto dependen de las interpretaciones que, aunque disímiles pero validas, efectúe el juez tanto de los hechos como del Derecho.

(...)

Al respecto, considera la Sala que el planteamiento así concebido procura la salvaguarda del respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste la valoración probatoria y la aplicación razonada del Derecho. **Razón por la cual, existiendo varias interpretaciones razonables debe prevalecer la del juez natural en aras de preservar los**

---

<sup>9</sup> SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo... En este sentido, el cabal cumplimiento de las funciones públicas implica la plena consolidación de los propósitos estatales, entre los cuales obviamente se encuentra la justicia. De esta forma, la división del poder se presenta como un sano mecanismo estabilizador del Estado y la sociedad, garantizador de las libertades públicas, barrera permanente a la arbitrariedad.

<sup>10</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 1997, Exp. 13.258.

**principios de autonomía, independencia y especialidad de la labor judicial.**

**De manera que sólo podrá entenderse configurado el error jurisdiccional cuando se produzcan decisiones carentes de argumentación o justificación jurídicamente plausible. En otras palabras, habrá error judicial cuando la interpretación o el razonamiento jurídico expuesto como fundamentación de la decisión sea irrazonable o abiertamente contrario a la Constitución, la ley, los reglamentos que gobiernan la materia o excluyan situaciones fácticas o probatorias manifiestamente acreditadas en el proceso, pues, se itera, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye un error jurisdiccional, ya que debe tratarse de una verdadera falla en el servicio o función de administrar justicia y no de cualquier discordancia.**  
(Resaltado de la Sala).

Es así, que en la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, el daño se define como *"la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable, anormal a un derecho a un interés jurídicamente tutelado de una persona, cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, y materializado a través de una providencia contraria a la ley que se encuentre en firme y que la víctima no está en el deber de soportar"*<sup>11</sup>.

#### **II.4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.**

En relación con la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991<sup>12</sup> estableció la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado que tiene como fundamento la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro. En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

La existencia del daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado, y la antijuridicidad de mismo significa que no debe ser soportado por el administrado, toda vez que, es contrario a la Carta

---

<sup>11</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carias de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pág. 105.

<sup>12</sup> ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Política o a una norma legal, o, porque es irrazonable independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración.

El concepto de daño antijurídico proveniente de la doctrina española, fue definido en sentencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así:

"Concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)."<sup>13</sup>

El concepto de daño está directamente ligado con la concepción de un interés jurídicamente tutelado, este se causa cuando se afecta un bien patrimonial o no, que representa un interés jurídico tutelado, es decir, que la misma normatividad lo contempla como una garantía inquebrantable. Así, quien pretenda demostrar la existencia y reparación de un daño ocasionado debe demostrar que este se produjo sobre una situación jurídicamente protegida o que dicha reparación se ampara en un título legítimo.

En el presente caso, la parte demandante persigue que se declare la responsabilidad de la Nación-Rama Judicial por el error judicial en que se incurrió al resolver en segunda instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó para derrotar la presunción de legalidad de la Resolución No. 01439 de 4 de junio de 2001, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá y mediante la cual se terminó el nombramiento en provisionalidad del demandante en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 605, Grado 06 del Jardín Infantil Nacional de la Ciudad de Tunja.

El argumento central de inconformismo planteado en el recurso de alzada radica en que la sentencia de 10 de agosto de 2011, proferida por la Sala de Decisión No. 2 de este Tribunal Administrativo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo

---

<sup>13</sup> C.E., Sección Tercera. Fallo del 26 de mayo de 2011. Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097). C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

el No. 2001-01816-00/01, desconoció el precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencia SU- 917 de 2010, a propósito de establecer el deber de motivar los actos administrativos de retiro de empleados que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad sin excusa alguna.

En este sentido, es dable deducir que el error aludido por la accionante lo predica de la providencia de 10 de agosto de 2011, emitido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, a través del cual, se revocó la decisión de primera instancia que había acogido las pretensiones invocadas a fin de conseguir la nulidad del acto administrativo que la desvinculó del cargo Auxiliar de Servicios Generales Código 605, Grado 06 y su consecuente restablecimiento del derecho.

Para analizar el daño antijurídico en el caso concreto, se debe partir del cumplimiento de los dos presupuestos establecidos en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996, los cuales representan los requisitos previos de procedibilidad para entrar a estudiar la ocurrencia del error jurisdiccional. Estos son:

- i) que la providencia contentiva de error debe estar en firme.
- ii) que el afectado haya interpuesto los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

Al abordar el caso concreto, frente al **primer presupuesto**, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que para este, *"la norma exige que el error se encuentre contenido en una providencia judicial que esté en firme, esto es, que haya puesto fin de manera normal o anormal al proceso, lo cual tiene pleno sentido ya que si la misma todavía puede ser impugnada a través de los recursos ordinarios, no se configura el error judicial"*<sup>14</sup>.

Al respecto, se advierte que mediante providencias del 30 de agosto de 2010 (Fls. 24-43 Cdno Pruebas Parte Dte) y 10 de agosto de 2011 (Fls. 47-57 Cdno Pruebas Parte Dte)-esta última acusada de error judicial-, el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja declaró la nulidad de la Resolución No. 01439 de 4 de junio de 2001 que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo que ocupaba en el Jardín Infantil Nacional de Tunja y reconoció el correspondiente restablecimiento del derecho, la parte demandada apeló la decisión, recurso desatado por el Tribunal

---

<sup>14</sup> C.E. Sección Tercera. sentencia de 24 de julio de 2012, Exp. 25000-23-26-000-1999-02010-01(22581), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

Administrativo de Boyacá, que revoca en su totalidad el fallo recurrido y en su lugar negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se concluye que las providencias acusadas de error judicial se encuentran en firme, ya que se surtió la segunda instancia.

Ahora bien, en relación con el **segundo presupuesto**, la Sala infiere que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María del Socorro Bayona ante el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja radicado con el número 2001-01816-00/01 era de primera instancia, según el artículo 134B numeral 1º del CCA, adicionado por la Ley 446 de 1998, art. 42.

Por ende, y de conformidad con el artículo 133 numeral del Decreto 01 de 1984-antiguo Código Contencioso Administrativo-, procede el recurso de apelación que le corresponderá decidir a los Tribunales Administrativos.

En el caso concreto, como se advierte, la entidad demandada agotó el recurso de apelación que procedía contra la decisión de primera instancia, el cual fue resuelto mediante providencia de 10 de agosto de 2011, emitida por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá.

En conclusión, en el asunto de marras, se cumplen los dos presupuestos iniciales para estudiar de fondo la posible existencia del error judicial alegado, debido a que, las providencias enjuiciadas se encuentran en firme, y fueron interpuestos los recursos procedentes para controvertir las decisiones judiciales.

A efectos de examinar el cargo propuesto por la demandante para invocar el error judicial en que aparentemente habría incurrido la sentencia de segunda instancia de 10 de agosto de 2011, dictada dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora María del Socorro Bayona contra el Departamento de Boyacá, se estudiara el siguiente tema:

**Tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la motivación o no de los actos administrativos de retiro de empleados vinculados en provisionalidad en cargos de carrera en virtud de la Ley 443 de 1998.**

En vigencia de la Ley 443 de 1998, "*Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*", la postura reiterativa y pacífica del Consejo de Estado como Máximo

Órgano de Cierre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo era que no se requería motivar los actos administrativos que desvincularan a un empleado provisional.

Solo para mencionar apenas algunos pronunciamientos que coincidían con esta postura, está la sentencia de 13 de marzo de 2003<sup>15</sup> que se encargó de unificar la posición de las Sub-Secciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al efecto del nombramiento en provisionalidad y su estabilidad en el empleo, para lo cual indicó *in extenso*:

"(...) 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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

---

<sup>15</sup> C.P. Tarsicio Cáceres Toro; rad. 76001-23-31-000-1998-1834-01 (4972-01).

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

(...).

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera.”.

El anterior pronunciamiento constituyó un referente para que la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo la siguiera replicando y reiterando, tal como quedó consignada en providencia de 4 de agosto de 2010<sup>16</sup>, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Gómez Aranguren, al precisar lo siguiente:

“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”.

Bajo ese entendido, el retiro de un empleado en provisionalidad en el marco de la Ley 443 de 1998, se podía disponer mediante acto de insubsistencia que no requería ser motivado, de suerte que no era necesario mencionar o exponer las razones de su desvinculación, como quiera que se presumía que obedecía a razones del servicio, lineamiento en el cual el Consejo de Estado sentó su respectiva jurisprudencia.

---

<sup>16</sup> Radicado Interno: 0319-2008. Ver entre otras, la sentencia de 12 de octubre de 2011 RI (1058-2010) y sentencia de 21 de marzo de 2013; C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad. 05001-23-31-000-2002-04388-01 (2105-11).

Desde luego, en repetidas ocasiones el Órgano de Cierre en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejemplo en sentencia de 12 de octubre de 2011<sup>17</sup>, ha mencionado la posición jurídica mantenida frente a la desvinculación de empleados provisionales en vigencia de la Ley 443 de 1998 distinta a la fijada en la Ley 909 de 2004, para ello resaltó que:

"La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento<sup>18</sup>, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad."

Sin embargo, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo reconoció que la Corte Constitucional desde tiempo atrás difiere de la tesis que plantea, en tanto, considera que es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, so pena de vulnerar el debido proceso<sup>19</sup>.

En ese orden, se tiene que existe disparidad de criterios o posturas de dos Altas Cortes frente al tema de la motivación o no de los actos administrativos que retiren a un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, lo que a juicio de esta Sala permitía que el juzgador de menor jerarquía adoptara la tesis que en su sentir era la correcta y no por ello se genera un error judicial.

Para profundizar en el caso concreto, es importante determinar la fecha de expedición del acto administrativo que removió a la demandante de su cargo en provisionalidad de Auxiliar de Servicios Generales Código 605, Grado 06 en el Jardín Infantil Nacional de la ciudad de Tunja y la norma vigente.

---

<sup>17</sup> C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Rad. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11) Actor: María Vialo Del Socorro García Castañeda.

<sup>18</sup> Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

<sup>19</sup> Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: SU-2550/98; T-800/98; T-884/02; T-610/03; T-752/03; T-597/04; T-951/04; T-1216/04; T070/06; T-1204/04; T-161/05; T-031/05 y T-132/05.

Conforme el material probatorio allegado, se tiene que mediante Resolución 01439 de 4 de junio de 2001, expedida por el Secretario de Educación de Boyacá, se dio por terminado el nombramiento provisional de la señora María del Socorro Bayona Mojica (Fol 73 Cdno de Pruebas del Dte). En consecuencia, la normatividad vigente al tiempo del retiro de la accionante, era la Ley 443 de 1998<sup>20</sup>.

De modo que las consideraciones a las que arribó este Tribunal Administrativo en sentencia 10 de agosto de 2011 para resolver en segunda instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la señora María del Socorro Bayona contra el Departamento de Boyacá y que culminó con la revocatoria de la decisión de primera instancia que había acogido sus pretensiones, son las siguientes (Fls. 47-57 Cdno de Pruebas Dte):

"(...) Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 que reglamentó la Ley 443 de 1998 aplicable al caso concreto atendiendo la época de ocurrencia de los hechos, señala que:

*"El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador".*

Por tanto, para el momento en que se vinculó y desvinculó a la actora del servicio, era procedente el retiro de los provisionales bajo la misma modalidad de los servidores de libre nombramiento y remoción, por ende, propio resulta inferir que para adoptar esta decisión en uno u otro caso, se deben seguir las pautas que rigen la discrecionalidad, facultad que no demanda en el nominador la motivación del acto, por cuanto esta exigencia opera es para los empleados aforados.

Con base en estos argumentos, **la Sala no comparte la posición adoptada por la Corte Constitucional en sentencia T-254 de 30 de marzo de 2006, en la que sostuvo que el funcionario nombrado en provisionalidad no se asemeja a uno de libre nombramiento y remoción, siendo indispensable motivar el acto de retiro, donde además precisa que el análisis que realiza el Consejo de Estado es legal y no constitucional ni "ius fundamental", basándose para ello en la sentencia C-830 de 2001, que exige expresar las razones que justifican apartarse de dicho precedente, como se ha hecho en ésta providencia, por ende, la posición del a quo tampoco es acogida, en cuanto señala que la administración expidió de manera irregular la resolución acusada y con una finalidad extraña a la inherente a la facultad legal que dijo ejercer, por emitirla sin justificación alguna, cuando tenía la carga de hacerlo respecto de la desvinculación de la accionante, proceder con el que en su criterio incumplió con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998.**

---

<sup>20</sup> Vigencia 11 de junio de 1998 al 24 de septiembre de 2004 (día anterior a la entrada en rigor de la Ley 909 de 2004 que derogó la Ley 443 de 1998).

Ha de precisarse que, la separación de la accionante del cargo que venía desempeñando en el Jardín Infantil Nacional de la ciudad de Tunja, no obedeció a un proceso de reestructuración, como tampoco se surtió respecto de una empleada aforada, simplemente se contrae a la terminación de una provisionalidad como se desprende del contenido de la Resolución 01439 del 4 de junio de 2001 (FI2), que como se dijo precedentemente, no requería de motivación, acto que además, que conforme a reciente jurisprudencia<sup>21</sup> que regula el tema, fue el que le produjo efectos particulares y concretos al separarla de la institución a la cual venía vinculada desde el 29 de octubre de 1999, nombrada mediante Resolución 3541 (fl. 4) y posesionada en la fecha en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales (fl. 71).”(Destacado de la Sala).

Tal como se aprecia, la Sala de Decisión No. 2 de este Tribunal aplicó la postura predominante del Consejo de Estado, acerca de la no motivación del acto de insubsistencia de los empleados vinculados provisionalmente en un cargo de carrera cuando se produce en vigencia de la Ley 443 de 1998.

Si bien la anterior posición jurisprudencial resulta divergente o contraria con la fijada por la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos incluida la sentencia SU-917 de 2010, y que surge como un conflicto de criterios en las Altas Cortes sobre un mismo asunto ventilado, lo cierto es que el Consejo de Estado en sentencia de 4 de marzo de 2003<sup>22</sup> dijo:

**“EL CONSEJO DE ESTADO ES AUTÓNOMO EN LA PRODUCCIÓN DE SU JURISPRUDENCIA**

Establecido así el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un control difuso de constitucionalidad, cuyos titulares son la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, forzoso es concluir que ambos son órganos límites en el ejercicio de sus propias competencias, a menos que uno de ellos no respete los estrictos y precisos términos que le impone la Constitución en el cumplimiento de su función de control, caso en el cual su decisión se torna ilegítima.

De otra parte, el Consejo de Estado, por disposición del constituyente, tiene la calidad de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, según mandato vinculante del numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política. En esa condición de tribunal supremo, no tiene superior que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones en la administración de justicia, por la elemental razón de que dejaría de ser supremo, si

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 18 de febrero de 2010; C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp. 25000-23-25-000-2001-10589 (1712-2008).

<sup>22</sup> Expediente 8302.

sus fallos pudieran ser determinados por otra autoridad judicial o política. Solamente en el evento de que se reforme la Constitución en dicha materia, ello sería posible.

Existe una única hipótesis en el ordenamiento jurídico colombiano, en donde las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia pueden ser revisadas por la Corte Constitucional. Se trata de las sentencias de tutela que, de ser seleccionadas, pueden ser confirmadas o revocadas por dicho organismo. Cuando la Constitución quiere que ello sea así, lo dice expresamente, como sucede con los fallos de tutela.

En los demás casos, en el ejercicio de su labor de interpretación de la ley o de la Constitución, cuando se tiene competencia para ello, el único control posible, si el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia violan la Constitución es el juicio de responsabilidad política que debe adelantar el Congreso de la República.

Habida cuenta, entonces, de su calidad constitucional de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo", sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno. Sería necesario una reforma constitucional para que ello fuera posible y como ésta no ha tenido lugar, cualquier pretensión de interferencia en la autonomía que debe caracterizar el cumplimiento de su función jurisdiccional, es inaceptable y le es inoponible en la toma de sus decisiones. Es principio incontrovertible que en la producción de su jurisprudencia el Consejo de Estado es autónomo".

A pesar de lo señalado en la providencia citada, no se desconoce que la Corte Constitucional funge como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, sin embargo, existen algunos temas que por mandato supremo han sido reservados al Consejo de Estado, en razón del principio de especialidad, con el fin de lograr solidez jurídica en la solución de los casos sometidos a decisión de cada uno de los órganos jurisdiccionales<sup>23</sup>.

De ahí que la decisión acusada de error judicial acogiera la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado a quien le está asignado los asuntos laborales según el Acuerdo 55 de 2003, artículo 13:

"Sección segunda:

1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.
2. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo.

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sentencia de 6 de marzo de 2013; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-00639-01(24841) Actor: Luis Hugo Rojas Rodríguez Y Otros.

3. El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con la competencia de esta sección.
4. Los procesos contra los actos de naturaleza laboral expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
5. Las acciones de tutela que sean de competencia del Consejo de Estado, en un (40%) cuarenta por ciento del total."

Lo anterior, puesto que la Resolución No. 01439 de 4 de junio de 2001 reprochada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contiene una decisión de contenido laboral, dado que retiró del servicio a la demandante, es decir, extinguió su situación jurídica o vinculación laboral con la entidad estatal.

Desde luego es evidente que el Tribunal Administrativo de Boyacá, al decidir en segunda instancia el proceso radicado con el No. 2001-01816-01, se enfrentó ante un dilema de si adoptaba la línea jurisprudencial pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado o la postura diáfana de la Corte Constitucional en cuanto a la obligación o no de motivar los actos administrativos que remueven un empleado provisional. Para finalmente apartarse de la interpretación del órgano Constitucional y escoger la posición sentada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo por tratarse del juez natural y de acuerdo a la especialidad y competencia del tema que se ventilaba.

Sin embargo, de haber optado por la postura de la Corte Constitucional, ello también habría implicado muy seguramente que la entidad demandada alegara un error judicial, por inobservancia del propio precedente del Consejo de Estado respecto del asunto que se discutió.

Por consiguiente, para la Sala no se configura el error judicial que la demandante le achaca a la sentencia cuestionada, pues la aplicación de uno u otro precedente discordante entre dos Altas Cortes no puede entenderse como un actuar grosero o arbitrario del juzgador, menos cuando ello enmarca la autonomía e independencia del juez. Además, es evidente que tal disonancia surge a raíz de una antinomia jurisprudencial y racional entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional derivada de una interpretación distinta de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004, en cuanto a si los empleados provisionales se asimilan o no a los de libre nombramiento y remoción o a los de carrera administrativa o sí en garantía del derecho al debido proceso deben conocer las razones de su retiro.

Tampoco se puede ignorar que actualmente en el Consejo de Estado se exige la motivación o la exposición de las razones de

desvinculación de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa cuando se produzca en rigor de la Ley 909 de 2004 y sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, siempre que medie acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

De otro lado, no se advierte que a la demandante se le haya causado un daño antijurídico con la decisión que negó sus pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que ejercer un cargo de carrera administrativa en provisionalidad no le otorga o crea derechos de carrera y menos le aseguraba a permanecer inamoviblemente en dicho empleo.

De esta manera, para la Sala, era admisible o plausible que en la decisión judicial atacada, el operador judicial adoptara cualquier postura bien del Consejo de Estado como en el efecto lo hizo o que tomara la determinada por la Corte Constitucional, sin que necesariamente ello desencadenara en un desconocimiento mayúsculo y caprichoso de un precedente que no era absoluto o único.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que la providencia enjuiciada fue soportada en la línea jurisprudencial reiterativa del juez de la causa y especialista en tema laboral de servidores públicos. En este sentido, resulta evidente que la accionante no sufrió un daño antijurídico, debido a que, las decisiones acusadas se ajustaron a derecho.

En ese orden, la Sala confirmará la decisión recurrida de conformidad con los argumentos expuestos en esta providencia.

### **De las costas procesales.**

En la actualidad, para los procesos contencioso administrativos, es aplicable el artículo 188 del CPACA, el cual dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En cuanto a la procedencia, si bien en la Ley 1437 del 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, que refiere a la facultad del juez de analizar la conducta asumida por las partes, no puede considerarse que la condena en costas opere de manera automática para el vencido en el proceso,

pues a efectos de imponerla, el funcionario judicial deberá analizar si se causaron, situación que deberá ser examinada en cada caso.

Para tal efecto, el artículo 365 del CGP trae dos reglas que deben ser examinadas: el numeral 5 dispone que *"... en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*; y el numeral 8, que señala que *"... sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Conforme a la actual interpretación que sobre las costas es acogida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe emerger del estudio de distintos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas. Por ello, se ha concluido que el actual criterio es objetivo-valorativo.

En el *asunto de la referencia*, la Sala encuentra que apelado el fallo proferido por el A quo que negó las pretensiones de la demanda por la parte demandante, este fue confirmado en segunda instancia. Sin embargo, se advierte que las costas no se causaron toda vez que la parte pasiva no intervino en esta instancia. Por esta razón, atendiendo a las reglas ya examinadas sobre el destinatario de la condena en costas, se concluye que no debe existir imposición de costas y agencias en derecho en esta instancia para la parte vencida en la contienda.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de 5 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja que negó las pretensiones de la demanda promovida por la señora María del Socorro Bayona Mojica contra la Nación-Rama Judicial.

**SEGUNDO.-** Sin costas y agencias en derecho.

**TERCERO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

*El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

  
**CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ**  
Magistrada

  
**LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
Magistrado

MDM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACÁ  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado  
No. 214 de hoy, 12 DIC 2019  
EL SECRETARIO 