



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 26 FEB 2020

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional del Estado Civil
Expediente : 15001-33-33-004 2016-00134-01

Tema: Insubsistencia de empleado en provisionalidad sin motivación del acto – Vencimiento del término no es razón suficiente para tener por motivada la desvinculación.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. De la demanda

La señora Claudia Yolanda Ortega Quiroga mediante apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del Derecho contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que se acojan las siguientes:

2. Pretensiones

Que se declare la nulidad de la Resolución No 378 del 2 de octubre de 2015 y del oficio No 00692 del 5 de abril de 2016, por medio de la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, por expiración de su término.

A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad pública convocada a reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando y que se pague por

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

2

concepto de lucro cesante los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su reintegro; por daño moral la suma de 100 S.M.L.M.V por la aflicción sufrida conforme a los hechos de la demanda.

Que se ordene pagar la suma del 100 S.M.L.M.V por daños en las condiciones de existencia y la misma suma por afectación de bienes constitucionalmente amparados como la estabilidad laboral, el mínimo vital, el derecho a la vida en condiciones dignas.

Que las sumas reconocidas se paguen de manera indexada y que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 192 de C.P.A.C.A; asimismo que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

3 Fundamentos fácticos

Narra la demanda que la demandante ha estado vinculada a través de nombramientos en provisionalidad sucesivos por periodos máximos de 6 meses, desde el 22 de septiembre de 2009 hasta el 5 de abril de 2016, en el cargo de servicios generales código 5335-01 de la delegación departamental de Boyacá. El último nombramiento se efectuó a través de la Resolución No 378 del 2 de octubre de 2015, por el término de seis meses.

La entidad convocada no ha realizado concurso público para proveer el cargo de la demandante, y ella no fue desvinculada por las causales previstas en la ley, sino por el vencimiento del término del nombramiento, decisión que fue comunicada a través del oficio No 00692 del 5 de abril de 2016, el cual no fue notificado personalmente.

Con la decisión demandada se vulneraron los derechos laborales de la demandante y se desconoció el precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la desvinculación de los empleados provisionales.

4. Fundamentos de Derecho

4.1. Normas invocadas

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

53

3

- **Constitución Política de Colombia** artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 48, 125.
- **Legales:** artículo 41 Ley 909 de 2004
- **Jurisprudenciales:** Sentencias de la Corte Constitucional SU 917 DE 2010 y SU 556 de 2014.

4.2. Concepto de la violación

Indicó que la desvinculación de la demandante por vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad no es razón suficiente ni válida y no se ajusta a la Constitución Nacional, pues con ello se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, seguridad social y estabilidad laboral.

Además, la administración ha desconocido el precedente judicial contenido en las sentencias de la Corte Constitucional anteriormente enunciadas, que han señalado que para el retiro de los servidores públicos, que ocupan cargos de carrera, pero vinculados a través del nombramiento en provisionalidad, para proceder a su retiro – mientras no sea provisto por concurso público - se aplican las demás causales consagradas en la Constitución y en la Ley.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la decisión de la administración ha desconocido el ordenamiento jurídico, se configura la causal de nulidad aludida.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de octubre de 2016 ante el Juzgado 4 Administrativo Oral de Tunja, quien mediante proveído del 1 de diciembre de 2016 la admitió, ordenando la notificación personal a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional De Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público.

1. Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 7 de abril de 2014, el apoderado de la accionada contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones por cuanto se fundamentan en supuestos fácticos que no son ciertos y porque carecen de fundamento legal.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

4

Propuso las siguientes excepciones:

- De la terminación del vínculo por el vencimiento del plazo pactado – causal objetiva

Adujo que el vínculo entre la entidad y la parte actora terminó por una causa objetiva, cual es, el vencimiento del plazo pactado.

Por lo anterior, para desvincular a la demandante no hacía falta acto administrativo porque desde su vinculación se había expresado con claridad el tiempo de su duración, de manera que la causa legal que echa de menos la parte actora para terminar el vínculo está en el mismo acto de nombramiento y es precisamente el plazo allí pactado y aceptado voluntariamente por la actora.

- De la motivación del acto administrativo atacado, el cual se funda en la normatividad y régimen especial aplicable a la Registraduría Nacional del Estado Civil

Transcribe el artículo 125 constitucional para significar que toda vez que los empleados provisionales no ingresaron al servicio por mérito, no pueden ampararse bajo las causales de retiro previstas en la norma transcrita (calificación no satisfactoria, violación del régimen disciplinario y demás causales previstas en la Constitución y la Ley).

En consecuencia, al no poder equipararse el empleado provisional al de carrera administrativa, tampoco es dable exigir para la desvinculación de aquellos un acto administrativo motivado.

Indicó que la Ley 909 de 2004 no es aplicable al caso porque la Registraduría Nacional del Estado Civil cuenta con régimen especial de carrera administrativa contenido en la Ley 1350 de 2009, según la cual, pueden proveerse cargos por nombramiento provisional discrecional, el cual es excepcional y solo procede por razones del servicio. El artículo 20 de la norma en cita indicó que *El término de la provisionalidad*

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

533

5

se podrá hacer hasta por seis meses improrrogables y deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento. En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente”.

Señala además que los nombramientos en provisionalidad no generan derechos de carrera, máxime cuando su nombramiento fue realizado por un término fijo, en el que de forma clara, expresa, suscinta, y en cumplimiento de mandatos legales se refleja en el acto de nombramiento el periodo de vigencia de su servicio, más aún, cuando la Resolución No 378 del 2 de octubre de 2015 en su parte motiva aclara que la naturaleza del servicio prestado por la accionante obedece a condiciones excepcionales y no por ello se puede afirmar que en virtud de las condiciones especiales del servicio se ha dado un trato especial en cabeza de una persona para que sea nominada en cuantas ocasiones ésta lo desee.

- Nombramiento provisional discrecional

Reitera que conforme a la Ley 1350 de 2009 el acto de terminación de una provisionalidad es legal y legítimo, toda vez que existe imperativo normativo, además de múltiples antecedentes jurisprudenciales que disponen que el empleado nombrado en provisionalidad no goza de fuero alguno de estabilidad, a lo que se suma que cuando se trata del ejercicio de la facultad discrecional del nominador, ésta no requiere motivación alguna. Trajo a colación pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado que avalan lo dicho.

- De la discrecionalidad

Reitera que los empleados nombrados en provisionalidad no gozan de un fuero de estabilidad ni gozan de los mismos derechos de los empleados vinculados por el sistema de carrera administrativa

- De la sobreestimación de las pretensiones condenatorias

Si bien, el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 permite solicitar la reparación del daño, también es evidente, que en el presente asunto la tasación realizada en la

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

6

demanda es exagerada para el juicio realizado, es decir, no es razonable ni proporcional con la pretensión inicial.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído del 22 de mayo de 2017¹ se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA diligencia que se llevó a cabo el día 26 de mayo de 2017, la cual se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas por los accionados y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.²

3. Audiencia de pruebas

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, en audiencia llevada a cabo durante los días 20 de junio y 25 de julio de 2017 se practicaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial.³

Finalizada la audiencia, conforme a lo establecido en el artículo 181 del C.P.A.C.A se consideró innecesario fijar fecha para audiencia de alegaciones y juzgamiento y en su lugar se otorgó a las partes el término de 10 días para presentar sus alegatos de conclusión, vencidos los cuales, el Ministerio Público podría conceptuar.

4. Alegatos de conclusión

Dentro del término otorgado presentó escrito la parte demandante y la entidad demandada. El Ministerio Público guardó silencio.

4.1. Parte demandante⁴

Señaló que con las pruebas allegadas al expediente quedó probado:

¹ Ver folio 200

² Ver folios 211 a 214

³ Ver folios 249 a 250 y 344 a 345

⁴ Ver folios 356 a 360

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

534

7

- Que la demandante fue vinculada a través de nombramientos sucesivos desde el 22 de septiembre de 2009 hasta el 5 de abril de 2016 y que específicamente a partir del 1 de febrero de 2012 hasta el 6 de marzo de 2016, estuvo nombrada en provisionalidad en el cargo de “Auxiliar de Servicios Generales 5535-012”. Dentro del expediente también quedaron acreditadas las funciones desempeñadas por la demandante.

Hizo referencia a la Ley 1350 de 2009 que regula el sistema de carrera administrativa de la entidad, y su artículo 20 contemplo el nombramiento provisional discrecional que tiene como requisitos para su procedencia, ser excepcional, proceder por razones especiales del servicios, realizarse por seis meses y dentro de dicho término convocar a concurso de méritos para la provisión de vacantes.

Adujo que conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional (SU 917 de 2010), debe existir una motivación suficiente de los actos administrativos de retiro de empleados nombrados en provisionalidad, es decir, explicarse por la administración de forma clara, detallada y precisa en qué razones se fundamenta para dar por terminada la vinculación. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta la procedencia del reintegro, el pago de salario y prestaciones sociales dejadas de percibir hasta el momento de su vinculación o la provisión del cargo con el funcionario que haya satisfecho el concurso de méritos, aspecto que ha variado en su reconocimiento, pues la sentencia SU 691 de 2011 indicó que de los salarios y prestaciones reconocidas se debe descontar lo devengado por el demandante del tesoro público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo de desvinculación, con el fin de evitar la configuración de un enriquecimiento sin causa.

Posteriormente, la sentencia SU 556 de 2014, criterio dominante en la actualidad, indicó que la indemnización corresponde en todos los casos, entre 6 y 24 meses, descontándose lo que haya percibido por otro tipo de servicios no solo en el sector público sino privado.

Señaló entonces la parte demandante que a la fecha se encuentran vigentes las siguientes sub reglas, que deben aplicarse al caso concreto:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

8

- Procede el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o en servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso. En el caso bajo estudio, el vencimiento de los 6 meses no puede ser causa o motivo para argumentar la terminación del vínculo, aunado a que la persona nombrada en su remplazo, lo fue en provisionalidad.

- A título indemnizatorio, debe pagársele el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni superior a 24 meses de salario. En lo que toca a la demandante, no se probó que haya percibido emolumento por concepto de actividades laborales, siendo procedente la indemnización plena.

Finalizó reiterando que procede la indemnización por perjuicios inmateriales y por afectación de derechos y garantías constitucional y convencionalmente amparadas

4.2. Entidad demandada⁵

Reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda y agregó que la demandante al momento de ser nombrada conoció el término de duración de su contrato, el cual que no fue objetado y menos recurrido una vez vencido el mismo. En consecuencia, no fue sorpresiva la terminación de su provisionalidad, ya que obedeció al vencimiento del plazo establecido en el acto demandado, que desde el principio la convocante conocía y sabía que su nombramiento era por necesidades del servicio y si se presentaba su desvinculación sería con fundamento en el vencimiento del plazo para el cual fue nombrada – 6 meses – cumplido el cual, podía darse por terminado.

Además, señaló que cuando la funcionaria fue nombrada, no cuestionó la facultad discrecional de la Registraduría, igualmente en el momento de posesión ante los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil de Boyacá, tal como consta en el acta de posesión de fecha 6 de octubre de 2015, cuya posesión fue por el término de

⁵ Ver folios 347 a 355

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

5335

9

6 meses contados a partir del día de suscripción. Cumplido el plazo, se configura la motivación misma del acto que da por terminada la relación laboral.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja mediante fallo proferido el 19 de diciembre de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó lo siguiente:

“PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD parcial del oficio No 00692 del 5 de abril de 2016, por medio del cual se oficializa la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Claudia Yolanda Ortega Quiroga por vencimiento del plazo contenido en (sic) como Auxiliar de servicios generales 5335 de la delegación departamental de Boyacá, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL EL INMEDIATO REINTEGRO DE CLAUDIA YOLANDA ORTEGA QUIROGA a un cargo del mismo rango o superior al que desempeñaba antes de que se diera por terminado su nombramiento en la delegación departamental de Boyacá de esa entidad.

TERCERO. A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a pagar a favor de la demandante, la señora **CLAUDIA YOLANDA ORTEGA QUIROGA**, los salarios y prestaciones sociales que hubiere debido percibir desde la fecha de retiro (5 de abril de 2016), hasta el momento en que se materialice su reintegro (sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario), previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar, así como los descuentos correspondientes a lo recibido por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, durante el tiempo que permaneció separado del servicio. Lo anterior, atendiendo los parámetros de indemnización señalados por la Corte Constitucional en sentencia SU 556 de 2014

CUARTO. Las sumas serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo que tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esa providencia y la forma cómo deberá hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

QUINTO. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

SEXTO. Para efectos de prestaciones sociales en general **DECLARAR QUE NO HA EXISTIDO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO** de la demandante desde su desvinculación y hasta que efectivamente se produzca reintegro.

SÉPTIMO. CONDENAR EN COSTAS A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, según lo establece el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, **LIQUÍDENSE POR SECRETARÍA**, de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

OCTAVO. FIJAR como agencias en derecho la suma de **TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON 4 CENTAVOS (\$ 324.551,04) M/ cte**, al tenor de lo expresado en la parte motiva.

NOVENO. Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

Para resolver el caso, argumentó el a quo lo siguiente:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

10

1. Hizo un recuento normativo sobre la procedencia de los nombramientos provisionales en las entidades y su forma de desvinculación.

2. Posteriormente analizó el régimen especial de carrera administrativa en la Registraduría Nacional del Estado Civil, contenido en la Ley 1350 de 2009 que en su artículo 20 estableció las clases de nombramientos que se pueden realizar al interior de la entidad como el ordinario discrecional, en periodo de prueba, provisional discrecional, en ascenso, y en encargo.

En lo tocante a los nombramientos provisionales discrecionales señaló que son excepcionales y solo procederán por especiales razones del servicio. Indicó además la norma que podrá hacerse hasta por 6 meses improrrogables, deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento y en el transcurso de dicho término se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente.

Sin embargo, recordó que la actual línea jurisprudencial del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional, señalan que la motivación del acto de retiro del servicio de servidores nombrados en provisionalidad, es un deber constitucional y se traduce en el deber para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas en la Ley 909 de 2004 y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

536

11

Al descender al caso en concreto argumentó que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, cualquier acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad debe ser motivado.

No obstante indicó que, atendiendo a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia proferida el 2 de abril de 2013 dentro del radicado No 2013-00195, no se encuentra ningún argumento legal ni constitucional que lleve al despacho a concluir que la obligación de motivar el acto de retiro de un provisional solo sea exigible respecto de aquellos nominadores que se rigen bajo las reglas de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios y que excluya de esa obligación a los regímenes especiales que no han tenido control de constitucionalidad, por el contrario, se considera que debe existir simetría legal cuando se trata de una misma situación fáctica y jurídica por lo que debe imperar ese criterio legal para todo el sistema de mérito en donde se desvincule a un funcionario que se encuentre en la situación administrativa de provisionalidad.

El concepto de nombramiento en provisionalidad es el mismo en todos los regímenes dado que se hace sobre un cargo que es de carrera, es decir, existe identidad material en todas las regulaciones, por ende, si la motivación del acto de retiro se hizo obligatoria a partir de la citada Ley 909 de 2004, volviendo más favorable el régimen general sobre aquellos especiales, sin duda éste se debe aplicar a los regímenes que tienen su propia reglamentación de carrera, para así equilibrar los derechos del servidor público y preservar diversos principios como la igualdad, la favorabilidad, debido proceso y pro homine.

Indicó entonces la juez de primera instancia que el acto de retiro debe ser motivado cuando, como en el caso de la demandante, se haya dado después de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2009, ello en aplicación de los criterios jurisprudenciales vigentes que buscan resguardar los principios ya enunciados.

En consecuencia, si bien el artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, pone un límite temporal al nombramiento en provisionalidad, el ingreso y la salida del funcionario nombrado en esas circunstancias no puede analizarse de manera aislada, sino conjuntamente con los demás artículos de la misma, en virtud de los cuales el

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

12

nombramiento en provisionalidad se justifica en que un cargo de carrera no ha sido aún proveído por concurso y por ello está íntimamente ligado con la realización del mismo.

Trajo a colación pronunciamientos jurisprudenciales que apoyan la tesis según la cual, para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. En consecuencia, no basta con el cumplimiento del plazo del nombramiento, si dentro del mismo no se seleccionó por concurso a un funcionario que lo reemplace, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En consecuencia considero la a quo que la desvinculación de la demandante no obedeció a razones constitucionales, ni legales y por tanto se encuentra viciada de nulidad.

En consecuencia declaró el a quo la nulidad del oficio No 00692 de 2006, ordenando el reintegro de la accionante al cargo de auxiliar de servicios generales No 5535-01 o a un cargo del mismo rango o superior y a pagar a la demandante los salarios y prestaciones en la forma indicada en la parte resolutive que ya se transcribió en esta providencia.

No accedió la primera instancia a la indemnización de daño moral y daños en condiciones de existencia y afectación de bienes constitucionalmente amparados que se reclaman en la demanda, por no haberse probado su causación.

1. Sustentación de la apelación

Inconformes con la decisión de la Juez Administrativo, las partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia proferida bajo los argumentos que a continuación se resumen:

1.1 Recurso de apelación presentado por la parte demandante⁶

⁶ Ver folios 404 a 406 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

537

13

Recurrió la parte demandante el fallo de primera instancia para que la misma se adicione en el sentido de conceder la indemnización por daño moral y daño a las condiciones de existencia y afectación de bienes constitucionalmente amparados, pues, el despido, la violación de la estabilidad relativa laboral de la demandante, el peligro en que se vio su subsistencia y la de su hogar, son hechos conocidos de los que se desprenden daños al interior del hogar de la persona, sus proyectos de vida e interrelación con la sociedad.

Solicitó el decreto de pruebas en esta instancia para probar los daños negados en primera instancia, las cuales fueron negadas.

1.2. Recurso de apelación presentado por la entidad demandada⁷

Recurrió el fallo de primera instancia indicando que:

1. Contra los actos de trámite no procede demanda alguna, como sucede con el oficio respecto del cual se declaró la nulidad, el cual, desarrolló lo ordenado en la Resolución No 378 del 2 de octubre de 2015, recordando que cuando el acto administrativo se encuentra sometido a término, acontecimiento futuro y cierto, el vencimiento o cumplimiento del mismo opera de pleno derecho. Trajo a colación pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Santander que avala su dicho.

2. En concordancia con lo anterior, como el acto administrativo que contenía la voluntad de la administración fue la Resolución No 378 del 2 de octubre de 2015, este era el acto demandable, respecto del cual, operó el fenómeno de la caducidad el 7 de febrero de 2016 y así debe declararlo esta instancia.

3. Adujo el recurrente que la primera instancia desconoció la norma especial que prevalece sobre la general, pues tuvo en cuenta para fallar, la Ley 909 de 2004, norma no aplicable como quiera que existe norma especial como lo es el artículo 20 de la Ley 1350 de 2009 que señaló textualmente que en la Registraduría Nacional del Estado Civil, los nombramientos en provisionalidad tienen un término máximo de duración y además son discrecionales, lo cual, además, es coherente con el hecho que

⁷ Ver folios 377 a 397

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

14

la planta es global y flexible, dinámica, no estática ni rígida y por ello permite cambios, dada la naturaleza misional de la entidad, de ahí que no se entiende porque se exigen motivos que la propia ley no contiene.

Debe tenerse en cuenta además que si bien dicha norma es aplicable de forma supletoria para órganos que no hacen parte de la Rama Ejecutiva, entre los mismos no cita a la Registraduría Nacional del Estado Civil, de ahí que no se explica la razón de invocar otra norma, sobre todo cuanto esta, en gracia de discusión, sería de carácter supletorio, es decir, si no estuviere reglado, y en el evento actual, si está debidamente reglamentado bajo norma especial.

Trajo a colación jurisprudencia que recuerda los principios de la Ley 153 de 1887 según los cuales la norma especial prima sobre la general y la posterior sobre la anterior, los cuales son aplicables al caso estudiado, al que no podían aplicarse las disposiciones de la Ley 909 de 2004 ni el Decreto 1227 de 2005, lo que hizo que la autoridad judicial de primera instancia, incurriera en defecto material o sustantivo por indebida aplicación de la Ley, con lo cual quebrantó el ordenamiento jurídico preestablecido tanto del orden legal como constitucional.

4. Recordó la normatividad especial que contiene las directrices de la carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre ellas la Ley 1350 de 2009 que en su artículo 20 literal c regula los nombramientos provisionales discrecionales, que solo pueden ser excepcionales y por razones del servicio, por el término de 6 meses que constarán en el nombramiento, pues dentro de este, la entidad deberá adelantar el concurso de méritos para la provisión de los cargos.

La misma ley, en su artículo 69 señaló que en lo no dispuestos por dicha norma, se aplicarían las normas previstas en la Ley General de carrera, luego, como la norma especial reguló los nombramientos provisionales discrecionales, no podía acudirse a la Ley 909 de 2004.

5. Señaló que con la expedición de la sentencia de primera instancia hubo rompimiento de la coherencia jurídica en atención a que en diversos pronunciamientos, los

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

532

15

operadores judiciales sí tuvieron en cuenta la norma especial que fija el término de nombramiento máximo y el hecho que los interesados conocían esto de antemano.

Trajo a colación sentencias proferidas por Juzgados Administrativos y Tribunales de varias partes del país que señalan que por virtud de la norma especial, los nombramientos provisionales discrecionales solo podrán realizarse hasta por seis meses, hecho que se conoce desde el acto de nombramiento, luego es dable afirmar que quienes están vinculados bajo esta modalidad desde el mismo momento de su posesión, tienen conocimiento de la fecha de su terminación, no siendo entonces necesario expedir un nuevo acto administrativo que motive la desvinculación.

En lo que toca a este Tribunal, mencionó la sentencia proferida dentro del expediente de tutela No 15001 23 33 000 2016 00371 00 que fue confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y en la que se afirmó que *“la modalidad de su vinculación no le otorga estabilidad laboral más allá del tiempo previsto en el acto de su nombramiento, término que efectivamente se cumplió, sin que ello hubiere comportado un desconocimiento de los derechos constitucionales de la actora”*

IV. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por las partes, mediante providencia fechada del 2 de marzo de 2018.⁸

Mediante providencia del 24 de abril de 2018, esta corporación admitió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, por cumplir los requisitos legales.⁹

En providencia del 1 de junio de 2018¹⁰ se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión de segunda instancia, decisión que fue dejada sin efectos en providencia del 2 de abril de 2019¹¹, al evidenciar que había omitido el despacho pronunciarse frente a las pruebas pedidas con el escrito del recurso de apelación de la parte

⁸ Ver folio 432

⁹ Ver folio 438

¹⁰ Ver folio 442.

¹¹ Ver folios 483 a 487.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

16

demandante. Al efecto, se negaron las pruebas pedidas, y en auto del 6 de junio de 2019¹² se corrió nuevamente traslado para presentar alegaciones finales.

1. Alegatos de conclusión

Dentro del término de traslado presentó escrito la parte demandante y la entidad demandada. El Ministerio Público guardó silencio.

1.1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante¹³

Mediante escrito de fecha del 21 de junio de 2019, la parte demandante presenta alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

Afirmó que el daño moral y los daños en las condiciones de existencia y afectaciones de bienes constitucionalmente amparados fueron acreditados a partir de la prueba indirecta o indiciaria que no fue valorada por la juez de primera instancia.

El a quo desconoció que el despido afecta dramáticamente la dinámica interna del hogar del trabajador, máxime si se trata de una mujer, se torna en una discriminación injustificada a la luz de la carta fundamental. En lo que respecta al daño moral, es un hecho cierto, que cualquier persona sufre y padece cuando es despedida de su trabajo, más aún, si se trata de personas vulnerables de poca escolaridad y formación profesional como es el caso de la demandante, que sumado a su edad, incorporarse al mercado laboral, se le hace más difícil.

Afirmó que si existía dentro del plenario prueba de la lesión a los bienes constitucionalmente protegidos, pues se trata de una relación laboral que ataba a la demandante y la entidad, donde están en juego derechos como la dignidad humana, vida digna, al trabajo en condiciones dignas, debido proceso, entre otras garantías que fueron violadas conforme a los hechos que motivaron la anulación del acto administrativo. Lo anterior justifica la condena a la reparación de este daño inmaterial aplicando los parámetros jurisprudenciales.

¹² Ver folio 489

¹³ Ver folios 491 a 493

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

539

17

Constituye hecho notorio que un despido, genera angustia, estrés e incertidumbre como quiera que implica la cesación de ingresos económicos y perturbación de la estabilidad en su diario vivir, lo que repercute en la afectación de su esfera personal y familiar. Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que según el DANE el desempleo va en aumento, luego las personas que se cuentan con empleo, y lo pierden, tienen menos oportunidades de volverlo a conseguir.

Solicitó finalmente que en caso de no prosperar el recurso, se abstenga la Sala de condenar en costas.

1.2. Alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada¹⁴

Reiteró cada uno de los planteamientos esbozados en su recurso de apelación.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Conforme a los argumentos esbozados en la sentencia de primera instancia y los formulados en el recurso de apelación, debe establecer la Sala, si era deber de la Registraduría Nacional del Estado Civil expedir un acto administrativo motivado en donde se indicaran las razones a efectos de finalizar la vinculación legal y reglamentaria de la señora Claudia Yolanda Ortega Quiroga, quien se desempeñaba bajo nombramiento provisional discrecional en el cargo de auxiliar de servicios generales código 5335-01 de la delegación departamental de Boyacá, conforme a las previsiones de la ley general de carrera administrativa, o si por el contrario, le asiste razón a la demandada cuando afirma que el motivo para terminar la relación se

¹⁴ Ver folios 494 a 516

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

18

encontraba establecido en la resolución de nombramiento que señalaba que el mismo duraría por el término de seis meses. Lo anterior conforme al literal c del artículo 20 de la Ley Ley 1350 de 2009, que reglamenta la carrera administrativa especial de dicha entidad.

El estudio de abordará la Sala, seguirá el siguiente orden: i). Acto demandable y caducidad del medio de control; ii) el sistema especial de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil; iii) de los nombramientos en provisionalidad y de la motivación en el acto de desvinculación; iv) del vencimiento del término establecido en el nombramiento provisional como razón para terminar el vínculo laboral con el empleado provisional; v) de la tesis que adoptará esta Sala; vi) del caso concreto y la solución a los recurso de apelación presentados por las partes.

3. Del acto administrativo a demandar y de su caducidad

Los actos administrativos demandables en nulidad y restablecimiento del derecho son aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, esto es, los denominados actos administrativos definitivos. El Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Los actos administrativos pueden ser de trámite y definitivos; los primeros son los expedidos con el propósito de surtir las etapas previas a la decisión definitiva y, por ende, no tienen incidencia en el fondo del asunto, lo que le impide a la jurisdicción contencioso-administrativa someterlos a control de legalidad, salvo que pongan fin al procedimiento o produzcan efectos sustanciales¹⁵.

Por su parte, los actos administrativos definitivos son aquellos que expresan la voluntad de la Administración, puesto que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, es decir, deciden sobre el fondo del asunto, bien sea de manera directa o indirecta, lo que los hace susceptibles de control por parte de los jueces contencioso-administrativos¹⁶.

Sobre el control de legalidad de los actos administrativos, esta Corporación¹⁷ sostuvo:

Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito.

La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos

¹⁵ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso-administrativo, sentencia de 14 de febrero de 2012, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente: 11001-03-26-000-2010-00036-01.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-201 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁷ Sección cuarta, sentencia de 12 de junio de 2008, C. P. Ligia López Díaz, expediente: 08001-23-31-000-2004-02721-01 (16288).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

SAD

19

que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación. Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la actuación”.

Considera entonces la Sala que no le asiste razón a la parte demandada cuando afirma que el oficio 692 del 5 de abril de 2016 no es demandable en nulidad por constituir un acto de trámite, pues fue este el que le indicó a la demandante que su nombramiento finalizaba en tal fecha, es decir, extinguió de manera definitiva su relación laboral.

Afirmó no obstante la demandada que el acto administrativo que debió demandarse era la Resolución No 378 de 2015, por ser esta la que estableció la duración del nombramiento en seis meses, criterio que de ser aplicado, vulneraría entre otros derechos, el de acceso a la administración de justicia, ello en el entendido de que el trabajador se vería obligado a demandar el acto administrativo que lo nombró durante la vigencia de la relación laboral, situación que en la práctica se le dificultaría al trabajador, máxime cuando su relación laboral venía prorrogándose en el tiempo, a través de nombramientos sucesivos desde el año 2009 hasta el año 2016, situación que le generaba cierta confianza de continuidad en el cargo.

Por lo anterior, al ser el oficio No 692 del 5 de 2016 el que definitivamente puso término a la relación laboral, definió la situación jurídica de la demandante, y por ende era demandable ante esta jurisdicción, el argumento esbozado en el recurso de apelación de la entidad demandada, según el cual, el oficio demandado y declarado nulo en primera instancia constituía un acto de trámite no demandable, no está llamado a prosperar.

De lo anterior se desprende entonces que el término de caducidad para demandar de que trata el artículo 164 numeral 2 literal d no puede contarse desde la expedición de la Resolución de nombramiento (2 de octubre de 2015), sino desde la decisión que puso fin a la relación laboral, y más específicamente desde el retiro del servicio.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

20

En reciente jurisprudencia el Consejo de Estado ha señalado que el punto de partida para contar la caducidad, es a partir del día siguiente a aquel en que se produce el retiro defectivo del servicio. Al efecto, en pronunciamiento del 24 de enero de 2019 indicó la corporación en cita:

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

Así las cosas, para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, el punto de partida para contar la caducidad cuando se demanda el acto por medio del cual se produce la desvinculación de un empleado, es a partir del día siguiente a aquel en que se produce el retiro efectivo del servicio”¹⁸

En consecuencia, el retiro definitivo de la demandante se dio a partir del 6 de abril de 2016, luego los cuatro meses expiraban el 6 de agosto del mismo año, día que correspondía a sábado, luego se traslada el plazo al 8 de agosto de 2016, fecha en la que se presentó solicitud de conciliación extrajudicial.

El trámite conciliatorio culminó el 24 de octubre de 2016 con la expedición de la respectiva constancia, y el término para presentar la demanda vencía el 25 de octubre del mismo año, fecha en que efectivamente se presentó según se evidencia a folio 13 del expediente, no habiendo entonces operado el fenómeno de la caducidad, razón por la no prospera este argumento del recurso de apelación.

4. Del régimen especial de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. No radicado: 68001-23-33-000-2015-01075-01. Ver además pronunciamiento del 24 de octubre de 2018 dentro del radicado No 25000-23-42-000-2015-00841-01 – Magistrado Ponente William Hernández Gómez en el que el Consejo de Estado señaló:

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

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

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

SA

21

La Ley 443 de 1998 en su artículo 4 señaló que la Registraduría Nacional del Estado Civil cuenta con un sistema específico de carrera, entendida su creación en razón de la naturaleza de la entidad, teniendo entonces regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la misma, y que se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general.

En consecuencia, el Decreto No 1014 del 6 de junio de 2000 expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias, hacía referencia a las normas del régimen específico de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil, norma que en su artículo 13 señaló que los nombramientos provisionales tendrían un término de duración de 8 meses, los cuales podrían ser prorrogados por una sola vez por el término de 4 meses, cuando por circunstancias justificadas y una vez convocados los concursos, estos no pudiesen culminarse.

La Ley 909 de 2004 no hizo referencia alguna a un sistema específico de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Posteriormente se expidió el Acto Legislativo No 01 de 2003 que en su artículo 15 modificó el artículo 266 de la Constitución Política de Colombia, quedando de la siguiente manera:

“La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley”.

Hasta el año 2009 siguió aplicándose el Decreto No 1014 del año 2000, pues con la expedición de la Ley 1350 de 2009 el legislador desarrolló la referida norma constitucional, reglamentando la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil y hasta entonces continuó en vigencia el Decreto 1014 del año 2000.

El artículo 20 de la referida Ley 1350 indicó:

ARTÍCULO 20. CLASES DE NOMBRAMIENTO. La provisión de los empleos en la Registraduría Nacional del Estado Civil podrá realizarse mediante las siguientes clases de nombramiento:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

22

a) *Nombramiento ordinario discrecional*: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que de conformidad con la presente ley tienen carácter de libre nombramiento y remoción;
b) *Nombramiento en período de prueba*: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos del sistema especial de Carrera de la Entidad con una persona seleccionada por concurso y tendrá un término de cuatro (4) meses;

c) *Nombramiento provisional discrecional*: Esta clase de nombramiento es excepcional y solo procederá por especiales razones del servicio. El término de la provisionalidad se podrá hacer hasta por seis (6) meses improrrogables; deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento. En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente;

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

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

El artículo 69 ibídem, preceptuó:

ARTÍCULO 69. En lo no dispuesto por la presente ley, se aplicarán las normas previstas en la Ley General de Carrera.

5. De los nombramientos en provisionalidad

El artículo 125 de la Constitución Política de 1991 estableció:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

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

(...)

La regla general de provisión de los cargos es en carrera administrativa y para su ingreso se deben acreditar aquellos requisitos y condiciones establecidos en la ley, ello a fin de establecer el mérito y calidad del aspirante.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

502

23

La Ley 909 de 2004, por medio de la cual se regula el empleo público y la carrera administrativa, en su artículo 25 contempló los nombramientos en provisionalidad para aquellos eventos en que sus titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de su cargo, y solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Dichos nombramientos en provisionalidad, son de carácter transitorio y se ha considerado que otorgan fuero de estabilidad relativa, porque su terminación requiere de la expedición de un acto administrativo motivado y por razones objetivas, o hasta que se produzca el nombramiento por concurso de méritos.

Sin embargo, el hecho de exigirse la motivación del acto no implica por sí, que al empleado provisional se le estén otorgando los mismos derechos de los vinculados por el sistema de mérito.¹⁹

5.1. De la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad

Como se indicó anteriormente, el acto de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, requiere el tenor del artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, de la expedición de un acto administrativo motivado, que debe obedecer al principio de la razón suficiente, y al respecto, impera el criterio establecido en la sentencia SU 917 del 16 de noviembre de 2010²⁰, en la que indicó que aquellos motivos objetivos que fundamentan el acto de desvinculación mencionado, serán por i) provisión definitiva del cargo por haberse realizado concurso de méritos; ii) la imposición de sanciones disciplinarias; iii) calificación no satisfactoria; vi) otra razón específica atinente al servicio que se está prestando y que debería prestar el funcionario.

Indicó la Corte Constitucional en la sentencia en cita:

¹⁹ Sentencia SU 917 de 2010 En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

²⁰ Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

24

“Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”^[63]. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera *clara, detallada y precisa* cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”^[64].

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”^[65].

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa^[66] o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”^[67].

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”^[68], no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario^[69]. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias^[70]. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

513

25

nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “*explicitas*” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración^[71], siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “*implícita*” de los actos administrativos”.

En esa misma oportunidad, la Corte Constitucional señaló a propósito de regímenes especiales de carrera administrativa – Departamento Administrativo de Seguridad y Fiscalía General de la Nación – que “no significa que en los regímenes especiales de carrera^[73] se autorice per se la desvinculación sin motivación de los actos” (subraya de la Sala)

5.2. Del vencimiento del término establecido en el nombramiento provisional como razón para terminar el vínculo laboral con el empleado provisional

Existen a nivel jurisprudencial criterios que difieren en sus argumentos, en tanto en algunas oportunidades se ha considerado que el vencimiento del término establecido en el nombramiento provisional constituye motivación del acto administrativo, en tanto en otras, se ha indicado que el vencimiento del término del nombramiento no es razón para motivar el acto administrativo de desvinculación, ya que al constituir un nombramiento provisional, su desvinculación depende de las reglas generales reconocidas en la sentencia SU 917 de 2010.

a. En lo tocante a que el vencimiento del término constituye motivación del acto, son ejemplo de dicho pronunciamiento:

- Sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional el día 20 de septiembre de 2010²¹ en la que confirmó la negativa del amparo solicitado, y para el efecto tuvo en cuenta que:

“La Procuraduría General de la Nación, mediante la comunicación ya referenciada, le informó al Señor Gustavo Andrés Becerra Mejía, los motivos por los cuales no se renovaría su nombramiento en la entidad, en los siguientes términos “*Ante el vencimiento del término previsto de su nombramiento en provisionalidad, que tendrá lugar el próximo 29 de octubre de 2.009, comedidamente le solicito hacer entrega de su cargo al Jefe inmediato*”.

En el caso bajo revisión se evidencia que, en la práctica, la entidad accionada aplicó el precitado postulado constitucional, por cuanto, mediante la comunicación SG No. 5344, de manera muy breve y sumaria indicó las razones por las cuales se terminaba el nombramiento en provisionalidad.

Para la Sala dicha comunicación constituye un acto administrativo, cuyo objeto fue producir efectos jurídicos tendientes desvincular a un funcionario público que estaba en la entidad en

²¹ Sentencia T 753 del 20 de septiembre de 2010

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

26

un cargo de carrera administrativa en calidad de provisional. Lo que indica que en el presente caso la acción de tutela es improcedente para obtener la motivación de un acto administrativo, como quiera que al actor le informaron que las razones por las cuales terminaba su vinculación, obedecieron al vencimiento del término de 6 meses, establecido en el decreto de nombramiento provisional que efectuó el organismo de control.

Por lo anterior y, si lo considera pertinente, el demandante bien puede acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a dirimir la controversia que plantea relacionada con la decisión de la entidad accionada de desvincularlo, a fin que se juzgue si dicho acto se ajustó o no al ordenamiento jurídico.”

- Sentencia de tutela proferida el 16 de agosto de 2018²² por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la que señaló:

"() Al efecto, alegó que el trámite objeto de tutela debió ser decidido con fundamento en el parágrafo 2° del artículo 41 Ley 909 de 2004, y el artículo 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, aplicables por remisión del artículo 69 de la Ley 1350 de 2009, respecto de la motivación de los actos que modifican o terminan el vínculo laboral.

Como primera medida, la Sala resalta que la Registraduría Nacional del Estado Civil tiene un régimen de carrera administrativa especial, el cual está consagrado en la Ley 1350 de 2009 "Por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil ()".

Ahora bien, alegó la accionante que en virtud de lo establecido en el artículo 69 de dicha ley, el Tribunal accionado debió aplicar las reglas contenidas en el texto normativo 909 de 2004. No obstante, revisada la norma especial se advierte que el artículo 20 (ley 1350 de 2009) regula las clases de nombramiento para la provisión de empleos al interior de la Registraduría Nacional del Estado Civil ().

Con fundamento en lo anterior, esta Sala constitucional segunda instancia no comparte los argumentos presentados en el escrito de amparo, toda vez que, como acertadamente lo concluyó el Tribunal accionado, para resolver el proceso ordinario objeto de tutela, debía observarse la norma especial, en este caso la Ley 1350 de 2009 y, solo los aspectos no regulados, como lo establece la premisa del artículo 69 de la citada normativa, debería acudirse a la norma general, esta es la disposición 909 de 2009 (Sic) alegada erróneamente como inaplicada por la tutelante. Misma conclusión debe arribarse respecto de la presunta inobservancia del artículo 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005).

a. En lo referente a la tesis según la cual el vencimiento del término no es motivo o fundamento del acto de desvinculación del empleado provisional, son ejemplo de dicho pronunciamiento:

- Sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado²³

²² No radicado 11001-03-15-000-2018-01299-01

²³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A" - Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Sentencia fechada del veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008) No radicado 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

SMA

27

Las normas anteriormente esbozadas establecen la perentoriedad del término de duración de los cargos en provisionalidad (artículos 8º, 10º de la Ley 443 de 1998, artículos 5º, 7º del decreto 1572 de 1998); no obstante debe observarse que la provisión bajo esta modalidad se autoriza únicamente cuando previamente se ha convocado a concurso, lo que sin duda alguna justifica el sucinto término señalado para su duración pues se supone que dentro del mismo debe agotarse el proceso de selección respectivo, lo que obliga a la autoridad encargada a su adelantamiento expedito so pena de afectar la prestación del servicio y la eficiencia en el desarrollo de la función administrativa ante la vacancia prolongada del cargo a proveer; regulación que además busca evitar la dilación indefinida de los nombramientos en interinidad, situación que desconocería los principios de la carrera administrativa establecidos en el Sistema de Administración de Personal adoptado en nuestro ordenamiento (...).

Por ende, la facultad ejercida por el nominador con fundamento en el vencimiento del término de la provisionalidad consagrado en el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998 no es válida en este caso y constituye una falsa motivación, pues como ya se dijo, ésta obedecía a circunstancias de hecho diferentes, en donde mediaba la previa convocatoria a concurso para proveer los cargos en vacancia definitiva, la existencia de Comisión Nacional del Servicio Civil y el adelantamiento y posibilidad de culminación de los procesos de selección respectivos; de allí precisamente que el término de duración de la provisionalidad no haya sido incluido en el acto de nombramiento cuando la Ley expresamente así lo ordena y al contrario se haya sujetado a la condición de la provisión del cargo mediante concurso.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia T 147 del 18 de marzo de 2013, concluyó que el vencimiento del término, no es motivo suficiente para desvincular a un empleado nombrado en provisionalidad de la Procuraduría General de la Nación. En aquella oportunidad señaló la corporación:

“Por lo anterior, siendo el funcionario nombrado en virtud del artículo 188 del decreto 262 de 2000 un empleado en provisionalidad y no una categoría distinta de servidor público, su desvinculación depende de las reglas generales sobre provisionalidad reconocidas por la jurisprudencia de esta Corporación y señaladas en la sentencia SU 917 de 2010 (...)

En este sentido, para la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación no basta con el cumplimiento del plazo de seis (6) meses contemplado en el decreto 262 de 2000 si dentro del mismo no se seleccionó por concurso a un funcionario que lo reemplace, tal como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación, más aun si el nombramiento es prorrogado, no una sino más de quince (15) veces de manera continua; salvo que la decisión de desvinculación se motive en una razón específica atinente al servicio que está prestando.

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

Posteriormente, en sentencia T 221 de 2014²⁴ la Corte Constitucional, a propósito del estudio en sede de tutela de la desvinculación por vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad de empleadas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, argumentó que:

²⁴ Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

28

“Con fundamento en lo expuesto, la Sala Primera de Revisión reitera la jurisprudencia constitucional en el sentido de considerar que los funcionarios nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, razón por la cual aunque pueden ser desvinculados del cargo, el acto administrativo por medio del cual se adopte tal decisión, debe ser motivado por la autoridad nominadora, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales y poder controvertir las razones y acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en el evento de estar en desacuerdo con la motivación del mismo. Y, Habiendo dado el retiro de servidores en provisionalidad sin la motivación del acto cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada
(...)

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

Evidentemente los cargos de Secretario General de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de registrador departamental, distrital o municipal, de clavero o de encargado de la verificación de los escrutinios no son de elección popular y, por lo tanto, cabe afirmar que, en principio, el acceso a su desempeño sólo debe estar sujeto a los requisitos indispensables para asegurar el cabal cumplimiento de las funciones propias del cargo mas no a la adscripción del ciudadano a un partido o movimiento político”.²⁵

Sin embargo, debido a que aún no se ha llevado a cabo el respectivo concurso para proveer los cargos en la entidad accionada, ésta se ha visto en la obligación de proveerlos con funcionarios nombrados en provisionalidad.²⁶

De la información suministrada por la autoridad accionada, la Sala encuentra que con fundamento en el literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, los Delegados Departamentales de Córdoba nombraron a la señora Barrios en provisionalidad en el cargo de Registradora Municipal 4035-05 por el término de tres (3) meses conforme se extrae de la Resolución No. 235 de dos mil doce (2012). En este orden de ideas, y siguiendo *la ratio* de

²⁵ (MP. Rodrigo Escobar Gil) En esta ocasión, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la totalidad de los artículos 10 y 102, de algunos apartes de los artículos 12, 26, 32, 40, 47, 75, 79, 85, 101, 149 y 157 del Decreto 2241 de 1986, “*Por el cual se adopta el Código Electoral*”, así como del artículo 11 del Decreto 111 de 1996 “*Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que informan el Estatuto Orgánico del Presupuesto*”. Para tal efecto, trajo a colación las motivaciones que tuvo el Congreso de la República para modificar el artículo 266 de la Constitución y para establecer el concurso de méritos y la carrera administrativa como mecanismo de ingreso al desempeño de cargos en la Registraduría Nacional del Estado Civil. La Corte resolvió declarar “*exequible el numeral 8º del artículo 26 del Decreto 2241 de 1986, salvo las expresiones “quien será de distinta filiación política a la suya” y “con aprobación del Consejo Nacional Electoral”, que se declaran INEXEQUIBLES, y en el entendido de que estos cargos son de carrera administrativa especial, de conformidad con el inciso tercero del artículo 266 de la Constitución y que el Registrador Nacional del Estado Civil deberá convocar antes del 31 de diciembre de 2008, a un concurso de méritos para proveerlos*”.

²⁶ Ley 1350 de 2009. Artículo 20. *Clases de nombramiento.* “La provisión de los empleos en la Registraduría Nacional del Estado Civil podrá realizarse mediante las siguientes clases de nombramiento:

- a) *Nombramiento ordinario discrecional:* Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que de conformidad con la presente ley tienen carácter de libre nombramiento y remoción;
- b) *Nombramiento en período de prueba:* Es aquel mediante el cual se proveen los cargos del sistema especial de Carrera de la Entidad con una persona seleccionada por concurso y tendrá un término de cuatro (4) meses;
- c) *Nombramiento provisional discrecional:* Esta clase de nombramiento es excepcional y solo procederá por especiales razones del servicio. El término de la provisionalidad se podrá hacer hasta por seis (6) meses improporcionales; deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento. En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente;
- d) *Nombramiento en ascenso:* Es aquel que se efectúa previa realización del concurso de ascenso;
- e) *Nombramiento en encargo:* Es aquel que se hace a una persona inscrita en Carrera Administrativa para proveer de manera transitoria un empleo de Carrera mientras se surte el concurso respectivo. El encargo no podrá exceder de seis (6) meses. En el transcurso del término citado se deberá adelantar el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

545

29

la sentencia C-553 de 2010,²⁷ para la desvinculación de la actora, que desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, que no iba a ser ocupado por una persona que hubiese presentado concurso, porque este no se había llevado a cabo, debió expedirse un acto administrativo motivado.

En esta medida, la actuación desplegada por la autoridad accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la peticionaria, en tanto la señora Barrios al ocupar un cargo de carrera en provisionalidad tenía derecho a que en el acto administrativo de desvinculación se plasmaran las razones por las cuales se había adoptado tal determinación. Pues, si bien la Registraduría tiene la potestad en virtud del literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de dos mil nueve (2009), de realizar nombramientos provisionales, ello no la exime de la obligación de motivar el acto de desvinculación, con mayor razón al tratarse de una vinculación que se había realizado por especiales razones del servicio, como lo invocó la autoridad accionada en el acto de nombramiento. Teniendo en cuenta, además, que la accionante era funcionaria en provisionalidad o como supernumeraria en distintos cargos en la Registraduría desde el año dos mil siete (2007)?

- Sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferida el 29 de abril de 2015 dentro del radicado No 11001-03-15-000-2014-04126-00, en la que a propósito de la sentencia T 753 de 2010, señaló:

“Visto así, le asistiría razón a la entidad tutelante. Sin embargo, esa sola intelección dejaría por fuera el posterior desarrollo de la jurisprudencia constitucional, especialmente la contenida en la sentencia SU-917 de 2010 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), proferida por la Sala Plena de esa corporación.

Antes de esbozar algunas precisiones sobre dicho precedente, es menester acotar lo siguiente: (i) el fallo T-753 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) fue proferido por la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional el 20 de septiembre de 2010; (ii) mientras que la SU-917 de 2010, por la Sala Plena de ese órgano judicial el 16 de noviembre de 2010. Así se lee de sus respectivos encabezados.

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

²⁷ (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) Respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Registraduría Nacional del Estado Civil, estipulados como tal en el artículo 6 de la Ley 1530 de 2009, la Corte consideró: “En ese orden de ideas, debe la Corte proferir un fallo modulado que cumpla el doble propósito de conservar la competencia del legislador en la denominación de los cargos de responsabilidad administrativa o electoral y garantizar que tales empleos sean provistos por concurso de méritos, en los términos del artículo 266 C.P. Por ende, la Sala declarará la exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 6° de la Ley 1350/09 en el entendido que los cargos allí regulados son de libre remoción y deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos. 23. Finalmente, la Corte estima necesario hacer dos consideraciones adicionales respecto a las consecuencias de lo decidido en este fallo. En primer término, la declaratoria de exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 6° de la Ley 1350/09 no resuelve la omisión legislativa absoluta existente en materia de la libre remoción de los empleos de responsabilidad administrativa o electoral de la RNEC. Como se ha indicado, la Constitución dispone que estos cargos deben ser provistos mediante concurso público de méritos, lo que hace que queden incorporados a la carrera administrativa especial de la RNEC y, consecuentemente, no puedan ser cobijados por el régimen de libre nombramiento y remoción. En ese marco, la Carta Política ha diferido al legislador la regulación de la libre remoción de estos empleos. Sin embargo, analizada la normatividad existente la Corte encuentra que el Congreso no ha fijado reglas sobre la materia, lo que resulta agravado por el hecho que la Constitución haya previsto una régimen especial de carrera para la RNEC, de lo que se sigue que para esa entidad no son aplicables *prima facie* las reglas ordinarias de carrera administrativa, ni mucho menos las relativas al libre nombramiento y remoción, pues son incompatibles con el régimen mixto antes explicado”.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

30

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

(...)

A esa conclusión arribó el Alto Tribunal, luego de efectuar una lectura sistemática de las normas del Decreto 262 de 2000 no solo de su artículo 188, que le permitió inferir que el término de la provisionalidad es para que el nominador adelante el correspondiente concurso de méritos, que le permita proveer el cargo en propiedad con el funcionario de carrera. Así, se trata de un plazo que apareja responsabilidades para la entidad, mas no de una causal objetiva de terminación de la provisionalidad.

Dentro de ese contexto y en términos de la Corte Constitucional, que ahora la Sala invoca como propios, se colige que lo relevante es que la decisión de retiro de las autoridades administrativas se rija por la consagración constitucional del Estado como Social de Derecho (art. 1 C. P.), lo que significa que con ella debe respetar el debido proceso y el principio de legalidad.

Y aunque en anteriores pronunciamientos esta Sección había asumido como acertado el criterio conforme con el cual el solo vencimiento del plazo constituye razón válida para la desvinculación, luego de una nueva lectura del panorama constitucional esbozado por la Corte a partir de las consideraciones mencionadas en los párrafos precedentes, no hay lugar a seguir la tesis anterior, por cuanto no corresponde con el panorama jurídico actual.

En esa medida, y observando que los nombramientos en provisionalidad para ocupar cargos de carrera no tienen las mismas condiciones jurídicas y de permanencia que otros, lo cierto es que el plazo que autoriza a las entidades no constituye propiamente una causal de retiro, ni una 'razón suficiente', lo que se traduce en un vicio en la legalidad del acto administrativo por falta de motivación.

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

6. De la tesis que adoptará esta Sala

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

SAB

31

Por su parte, si bien el Consejo de Estado actualmente sostiene que el acto administrativo de desvinculación de los empleados provisionales debe motivarse, no cuenta con línea reiterada sobre el vencimiento del término como motivación del acto, pues como se vio, en algunas oportunidades ha afirmado que lo es, y en otras, ha sostenido que no constituye motivo suficiente del acto administrativo.

Esta Sala por su parte considera que la sentencia SU 917 de 2010 constituye el reflejo de los principios del Estado Social de Derecho contenidos en la Constitución Política de 1991, tales como el de dar publicidad a las actuaciones de la administración, el respecto por los derechos de los trabajadores que desempeñan sus funciones conforme a la Constitución y la Ley, el debido proceso porque permite a los asociados conocer los motivos o razones que tuvo la administración para prescindir de sus servicios, al tiempo que en caso de no estar de acuerdo, pueden ejercer su derecho de defensa en sede administrativa y judicial, y con ello controlan el ejercicio arbitrario del poder

Pero además, para proteger al trabajador en sus derechos, entre ellos el debido proceso, la Corte Constitucional señaló que no cualquier motivo, verbi gracia, la naturaleza provisional del nombramiento, el no pertenecer a carrera administrativa, la facultad discrecional, citas jurisprudenciales o doctrinales, constituye una razón clara, detallada y precisa para la desvinculación del funcionario.

Teniendo en cuenta lo anterior, se resolverá el caso concreto.

7. Caso concreto

7.1 De las pruebas allegadas al proceso

- Resolución No 378 del 2 de octubre de 2015 por medio de la cual se nombró en provisionalidad a la demandante y por el término de seis meses, en el cargo de auxiliar de servicios generales 5335-01 de la Registraduría Nacional del Estado Civil – Delegación Departamental de Boyacá.²⁸

²⁸ Ver folio 5 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

32

- Constancia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil que indica que la demandante estuvo vinculada en dicha entidad en las siguientes condiciones²⁹:

Cargo	Tipo de vinculación	Fecha inicial	Fecha final
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Supernumerario	22-09-2009	02-10-2009
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Supernumerario	25-10-2009	03-11-2009
Auxiliar administrativo 5120-04	Supernumerario	16-02-2010	26-03-2010
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Nombramiento provisional	01-02-2012	05-02-2012
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Nombramiento provisional	03-03-2014	02-07-2014
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Nombramiento provisional	03-07-2014	02-01-2015
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Nombramiento provisional	06-01-2015	05-07-2015
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Nombramiento provisional	06-07-2015	05-10-2015
Auxiliar de servicios generales 5335-01	Nombramiento provisional	06-10-2015	05-04-2016

- Oficio No 692 del 5 de abril de 2016 por medio del cual se informa a la demandante que de conformidad con al resolución No 378 del 1 de octubre de 2015 su nombramiento finalizaría el 5 de abril de 2016, por lo que se le solicita entrega el inventario a su cargo.³⁰

- Obra copia del expediente contentivo de la hoja de vida de la demandante.³¹

- Certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado en la que consta que el cargo ocupado por la demandante no ha sido ocupado por concurso de méritos. Se especifica además el nombre de la empleada que actualmente desempeña el cargo.³²

- Copia de la hoja de vida de la empleada que en la actualidad desempeña el cargo que en su momento ejerció la demandante.³³

²⁹ Ver folios 6 y 7 del expediente

³⁰ Ver folio 8 del expediente

³¹ Ver folios 50 a 192 del expediente

³² Ver folio 254 del expediente.

³³ Ver folios 262 a 332 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

SFA

33

7.2. Solución al recurso de apelación presentado por la entidad demandada

7.2.1. En lo que respecta al argumento según el cual **oficio atacado no era demandable por ser un acto de trámite**, por serlo la resolución del nombramiento que estableció el término del nombramiento y respecto de la cual operó el fenómeno de la caducidad, el mismo se niega por las consideraciones esbozadas en el acápite de esta sentencia denominado del acto administrativo a demandar y de su caducidad.

7.2.2. Frente al argumento según el cual **la primera instancia desconoció que la norma especial (Ley 1350 de 2009) prima sobre la general (Ley 909 de 2004), y que la norma posterior prima sobre la anterior**, para significar que el régimen especial de la entidad permite los nombramientos provisionales a término definido, no siendo aplicable entonces la norma que exige la motivación del acto ya que la Ley general solo se aplica a la Registraduría Nacional del Estado Civil en el evento en que exista vacío normativo en la especial, se indica que esta Sala asume como suyos los argumentos esbozados por la Corte Constitucional, según los cuales, el vencimiento del término del nombramiento no constituye razón suficiente para motivar el acto de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad, ya que se considera que esta postura es garantista de los principios de publicidad, respeto por los derechos de los trabajadores, debido proceso, derecho de defensa y límites por el ejercicio arbitrario del poder.

En concordancia con lo anterior, al tenor de la jurisprudencia constitucional, no cualquier motivo como la naturaleza del nombramiento provisional, el no pertenecer a carrera administrativa, la facultad discrecional, citas jurisprudenciales o doctrinales, constituye una razón clara, detallada y precisa para la desvinculación del funcionario.

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

34

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

- El nombramiento es excepcional y sólo por razones del servicio
- Será por un término de 6 meses improrrogables y constará en el nombramiento.
- En el transcurso de dicho término se abrirá concurso para proveer el empleo definitivamente.

La referida norma estableció el nombramiento provisional discrecional por el término máximo de seis meses, porque consideró que en ese lapso la entidad debía abrir el concurso para proveer de manera definitiva el cargo. Ello implica que de cumplirse íntegramente el contenido normativo, al empleado provisional se le terminaría su relación laboral porque su cargo pasaría a ser ocupado por un empleado de carrera administrativa, situación que se acompañaría con los criterios esbozados en la Constitución Política de 1991.

No obstante, no se compadece con la equidad que el Estado pretenda cumplir el término del nombramiento establecido en la norma invocada, pero olvide el deber que le asiste de proveer los cargos en carrera administrativa.

Ahora bien, la existencia de regímenes especiales de carrera, busca beneficiar y brindar condiciones diferentes a los empleados por ella cobijados, pero cuando dicho sistema se torna gravoso comparativamente hablando con respecto a los trabajadores del sistema de carrera administrativa general, la misma se torna inconstitucional.

No resulta entonces plausible admitir que los trabajadores vinculados bajo el sistema de carrera administrativa general cuenten con mayores garantías para su desvinculación en tratándose de nombramientos provisionales, que aquellos con carrera especial, como los de la Registraduría Nacional del Estado Civil, máxime cuando el trabajador ha sido vinculado de manera sucesiva y por varios años bajo la misma modalidad.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

58

35

De manera entonces que si al trabajador le han sido prorrogados sus nombramientos por años consecutivos, ha desempeñado en cargo con moralidad, eficiencia, imparcialidad, no resulta acorde su retiro del servicio por vencimiento del término, máxime cuando no se va a proveer en carrera administrativa.

En conclusión, no es razón suficiente del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad que desempeña un cargo que debe ser provisto en carrera, el vencimiento del término, tal como lo sostuvo también la doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz – integrante de esta Sala de decisión – en providencia fechada del 26 de marzo de 2017 dentro del radicado No 15001 33 33 006 2013 0006 01.

7.2.3. Finalmente en lo que toca al planteamiento de apelación según el cual, **afirmar que el vencimiento del término del nombramiento no es razón suficiente para dar por terminado el nombramiento, desconoce diversos pronunciamientos jurisprudenciales de juzgados y Tribunales del país** – entre ellos el proferido por esta corporación en providencia de tutela No 15001 23 33 000 2016 00371 00 – que han afirmado lo contrario, dirá la Sala que los mismos no constituyen precedente vertical de obligatorio acatamiento. Y en lo tocante a aquellos pronunciamientos del Consejo de Estado que han avalado que el término es razón suficiente, dirá la Sala, que se aparta de los mismos, acogiendo el criterio vigente de la Corte Constitucional, por las razones expuestas a lo largo de esta providencia.

7.3. Solución al recurso de apelación presentado por la parte demandante³⁴

Recurrió la parte demandante el fallo de primera instancia para que la misma se adicione en el sentido de conceder la indemnización por daño moral y daño a las condiciones de existencia y afectación de bienes constitucionalmente amparados, pues, el despido por los argumentos expuestos en el acápite del recurso de apelación de la parte demandante.

Frente al **DAÑO MORAL**, considera la Sala que en efecto como lo adujo la juez de primera instancia, para que proceda su indemnización el mismo debe ser probado

³⁴ Ver folios 404 y 405 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

36

dentro del plenario sin que sea dable presumirlo dentro de este medio de control. En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado³⁵ de la siguiente manera:

“Ahora bien, con respecto a la tasación del perjuicio moral el Consejo de Estado ha indicado que estos pueden ser reconocidos a quienes sufran un daño, a manera de indemnización, por lo tanto le corresponde al juez establecer el valor que le corresponda, el cual deberá ser básicamente proporcional al daño que le fue acaecido.³⁶

En este orden de ideas, se tiene que el referido perjuicio es aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general lleva sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de éstos.

(...)

La Sala debe recordar cómo debe probarse por parte del afectado la existencia del daño moral y a la salud y, tasarse por parte del juez contencioso administrativo la indemnización del mismo.

En ese orden, la Sala precisa que el daño moral implica una situación de agresión (fáctico-jurídico) a las condiciones de normalidad de la esfera espiritual o psíquica de una persona natural (núcleo de afectación compuesto por distintos derechos subjetivos), lo cual se refleja en la angustia o el dolor expresado por ésta, detectable por los demás miembros del conglomerado social al cual aquella pertenece (reflejo externo)”.

Entiende la Sala cuando el apoderado judicial de la parte demandante afirma que el hecho del despido, la violación de la estabilidad relativa laboral, las condiciones económicas en que quedó su familia son hechos conocidos, sin embargo de ellos no se deriva necesariamente un daño moral indemnizable, pues para tal fin, debe ser detectable a nivel social y por ende acreditarse dentro del expediente.

Ahora bien, existen eventos en que la misma jurisprudencia ha permitido aplicar la presunción como en el caso de las muertes, privaciones injustas de la libertad, entre otras, pero cuando se considera que el daño moral fue el resultado de un acto

³⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Sentencia fechada del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00372-01(0103-17)

³⁶ “Sobre el particular, resulta claro que la tasación de este perjuicio de carácter extrapatrimonial, dada su especialidad, no puede ser sino de naturaleza compensatoria, razón por la cual, corresponde al juzgador, con fundamento en su prudente juicio, en eventos como el sub examine –cuando carezca pruebas que acrediten la incapacidad médico legal o el porcentaje de pérdida de capacidad laboral-, establecer el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección “A”. C.P.: Hernán Andrade Rincón. Bogotá. 10 de agosto de 2016. Rad No. 230012331000200500380 01 (37.040).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

SALA

37

administrativo, el mismo deber probarse, y así lo ha sostenido en diferentes oportunidades la Sección Segunda del Consejo de Estado³⁷

En un caso en que se presumió el daño moral, indicó la sección segunda del alto Tribunal:

“Por tanto, no es de recibo para la Sala la posición jurídica asumida por el Tribunal, al introducir, en virtud de su autonomía judicial, una nueva presunción de daño moral, desconociendo así el precedente judicial sentado por la Corporación de Cierre en la materia, que ha sido precisa en delimitar el campo de aplicación de dicha presunción. En virtud de lo anterior, considera la Sala que la tesis adoptada por los falladores de instancia trasgrede de manera flagrante el derecho a la igualdad de la entidad accionante, en cuanto le otorgó un trato similar a situaciones que desde ningún punto de vista pueden equipararse, pues presumió el daño moral antijurídico padecido por los accionantes por el hecho de verse obligados a rendir un examen de conocimientos adicional para optar al título de abogado, cuando lo cierto es que este tipo de daño sólo se ha presumido en los casos de muerte de personas, lesiones personales, privación injusta de la libertad y desaparición forzada con la sola demostración del parentesco, y no expresaron en el cuerpo de las sentencias las razones que los llevaron a separarse de la tesis adoptada por esta Corporación”.

En consecuencia, al no encontrarse acreditada la acusación del daño moral la sentencia será confirmada.

En lo tocante a **LOS DAÑOS EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y AFECTACIONES DE BIENES CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS**, estos, se consideran como una categoría de daños inmateriales autónomos que no están comprendidos dentro del “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica”, y que al decir del Consejo de Estado “merecen una valoración e indemnización a través de tipologías tradicionales como la alteración grave a las condiciones de existencia, **siempre que estén acreditadas en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento**”

³⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION B - Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia fechada del veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00088-00(0798-10). En aquella oportunidad indicó la Corporación: “En cuanto a los perjuicios morales, la Sala no accederá a estos, toda vez que no fueron probados dentro del proceso, por lo tanto no habrá lugar a su resarcimiento, pues no puede operar una presunción en este aspecto por el hecho de haber sido sancionado, dado que le correspondía al demandante acreditarlos en el plenario y éste no allegó prueba alguna que así los demostrara”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

38

Indicó el Consejo de Estado³⁸ que el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

“i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, **ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.**

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

Indicó además el alto Tribunal que la reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, **siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.**

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) **Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario:** se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez

³⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Sentencia fechada del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

550

39

de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. 15.4.3. En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.

Concretó el apoderado judicial de la parte demandante en su demanda y en su recurso de apelación que los bienes constitucionalmente amparados son la estabilidad laboral, el mínimo vital y el derecho a la vida en condiciones dignas.

Conforme a la jurisprudencia transcrita la concreción de este tipo de daño es autónoma, o no depende de otro tipo de daño, razón por la cual se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

Siendo ello así, para esta Sala no resulta aceptable al argumento de la parte apelante, según el cual, la concreción del daño reclamado pudo hacerlo el quo o puede hacerlo esta instancia, a partir de la prueba indiciaria deduciendo que el hecho del despido afectó dramáticamente el hogar de la trabajadora, vulneró su dignidad humana, su vida digna, su mínimo vital, pues se reitera, al ser un daño autónomo, su concreción no se desprende de la evidencia o prueba de otro daño.

Ahora bien, nótese que la pretensión de la demanda consistió en el reconocimiento a título de indemnización de la afectación a bienes constitucionalmente amparados, que puntualizó en la estabilidad laboral, el mínimo vital, y el derecho a la vida en condiciones dignas. No obstante, posteriormente hizo referencia en sus alegaciones finales a bienes como el debido proceso. Sin embargo, al ser esta una jurisdicción rogada, atenderá a los derechos pretendidos en la demanda.

Se hallan ausentes las pruebas en lo que refiere a la vulneración del mínimo vital y el derecho a la vida en condiciones dignas, situación que no puede tenerse por probada como consecuencia de un despido injustificado, pues las condiciones de la demandante y su núcleo familiar son desconocidas por esta instancia con posterioridad a su despido.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

40

En lo referente a la estabilidad laboral, es cierto que la no motivación del acto administrativo de desvinculación vulnera el debido proceso y la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados vinculados en provisionalidad, pero no es suficiente para considerar que las medidas de restablecimiento tomadas por la primera instancia, y avaladas por la jurisprudencia constitucional, no son suficientes para reparar este derecho a la demandante, máxime cuando se reitera, se desconoce su situación laboral con posterioridad a su desvinculación, razón por la cual esta petición también será negada en esta instancia.

Finalmente, es cierto que las medidas de reparación pueden ser decretadas de oficio cuando se encuentre acreditada la vulneración a los bienes invocados, sin embargo en este caso, las pruebas se hallan ausentes y se considera que con la decisión de primera instancia queda restablecida la demandante en sus derechos.

8. Del restablecimiento del derecho ordenado en la sentencia de primera instancia

Como se indicó, la juez de primera instancia anuló el acto administrativo por medio del cual, la demandada terminó el nombramiento en provisionalidad del demandante y para restablecer su derecho ordenó:

SEGUNDO. ORDENAR A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL EL INMEDIATO REINTEGRO DE CLAUDIA YOLANDA ORTEGA QUIROGA a un cargo del mismo rango o superior al que desempeñaba antes de que se diera por terminado su nombramiento en la delegación departamental de Boyacá de esa entidad.

TERCERO. A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a pagar a favor de la demandante, la señora **CLAUDIA YOLANDA ORTEGA QUIROGA**, los salarios y prestaciones sociales que hubiere debido percibir desde la fecha de retiro (5 de abril de 2016), hasta el momento en que se materialice su reintegro (sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario), previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar, así como los descuentos correspondientes a lo recibido por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, durante el tiempo que permaneció separado del servicio. Lo anterior, atendiendo los parámetros de indemnización señalados por la Corte Constitucional en sentencia SU 556 de 2014

(...)

SEXTO. Para efectos de prestaciones sociales en general **DECLARAR QUE NO HA EXISTIDO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO** de la demandante desde su desvinculación y hasta que efectivamente se produzca reintegro.

Si bien la Sala confirmará el sentido y argumentos de la decisión de primera instancia, modificará su parte resolutive en atención a que el restablecimiento del derecho debe

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

551

41

obedecer a los parámetros indicados por la Corte Constitucional en sentencia SU 556 de 2014 (tal y como lo indicó el a quo en su providencia) y en este sentido es dable recordar que dicha Corporación señaló:

“Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a *“un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima^[53]*. Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.”

Teniendo en cuenta dicho criterio, se morigeró la indemnización que de tiempo atrás se venía concediendo en casos como el estudiado consistente en el reconocimiento de todos los salarios dejados de percibir entre el momento de la desvinculación y el reintegro, para dar curso a la reparación del daño, conforme a las siguientes conclusiones planteadas por la Corte Constitucional:

“Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: *(i)* el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, *(ii)* a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”.³⁹

Por lo anterior, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en atención a que el reintegro del servidor público se hará, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso, pues ello no quedó taxativamente señalado en la parte resolutive.

En concordancia con lo anterior, dado que el reintegro es condicionado a que no se hayan presentado los supuestos referidos con anterioridad, **no era dable ordenarlo de manera inmediata**, por lo que también se modificará en este sentido el numeral segundo.

³⁹ Sentencia SU 556 de 2014

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

42

Por la misma razón, no debió declararse que no ha existido solución de continuidad, y en tal sentido se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera instancia.

También variará el numeral tercero, en atención a que los límites de la indemnización los estableció la alta corporación atendiendo a que los seis meses constituyen el término máximo de duración de la provisionalidad, y los 24 meses, a que se considera que en este lapso se presenta la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, conclusión a la que llegó la Corte Constitucional luego de analizar investigaciones que establecieron el término promedio en que un colombiano logra vincularse a un empleo después de la cesación en sus labores, extendiendo este plazo a un máximo de 24 meses. Concluyó la Corte Constitucional que:

“Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año”.

Atendiendo a dicho criterio, se ordenará el monto de la indemnización en el equivalente a 24 meses de salarios y prestaciones, ello por cuanto el proceso lleva en curso más de tres años, siendo dable conceder el máximo de la indemnización conforme a los parámetros esbozados por la Corte Constitucional.

9. Costas y agencias en derecho

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 365 numeral 3 del C.G.P preceptúan que *“En la providencia del superior que confirme en todas sus*

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01

552

43

partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda". En consecuencia, toda vez que se confirma la sentencia de primera instancia, y que ambas partes recurrieron la decisión, y además teniendo en cuenta, que a ninguna le prosperó, no se condenará a ninguna parte en las costas de esta instancia

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja el día 19 de diciembre de 2017, salvo el numeral sexto que se revoca y los numerales segundo y tercero que se modifican y en su lugar se dispone:

“SEGUNDO: ORDENAR A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL A REINTEGRAR A CLAUDIA YOLANDA ORTEGA QUIROGA a un cargo del mismo rango o superior al que desempeñaba antes de que se diera por terminado su nombramiento en la delegación departamental de Boyacá, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido, o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR A LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a pagar a **CLAUDIA YOLANDA ORTEGA QUIROGA** el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir por el término de veinticuatro (24) meses, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.

SEGUNDO. Sin condena en costas

TERCERO. En firme esta decisión, envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

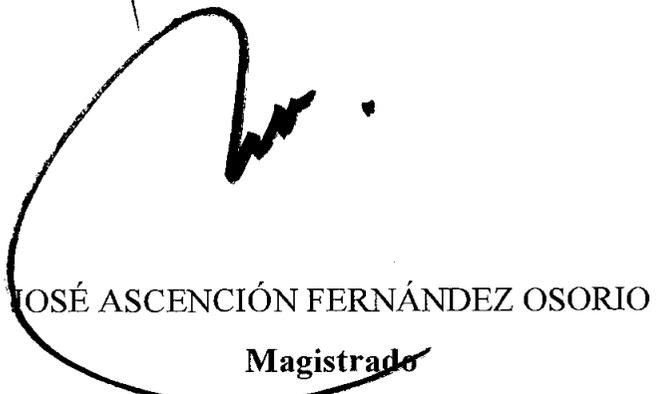
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Claudia Yolanda Ortega Quiroga
Demandado : Registraduría Nacional de Estado Civil
Expediente : 15001 33 33 004 2016-00134-01



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

(Hoja de firmas 15001333300420160013401)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 36 de h 28 FEB 2020
EL SECRETARIO

