

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, primero (1º) de junio de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 11001-03-15-000-2021-01766-01
Demandante: DAYANA ANDREA FERNÁNDEZ ACOSTA
Demandado: SUBSECCIÓN E DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA
Asunto: TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL. DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA DEL CARGO. LA LEY ES LA QUE DETERMINA SI UN CARGO ES DE CARRERA O DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y RECOMOCIÓN. EL ACTO DE RETIRO DE UN EMPLEADO NOMBRADO EN UN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD DEBE SER MOTIVADO. NO ES POSIBLE QUE A TRAVÉS DEL REGLAMENTO SE REPRODUZCA UNA REGLA DE DERECHO QUE PREVIAMENTE HABÍA SIDO DECLARADA INEXEQUIBLE POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZA LA CORTE COSNTITUCIONAL EN EJERCICIO DEL CONTROL ABSTRACTO TIENE EFECTOS DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL MATERIAL.

Síntesis del caso: se cuestiona la providencia que negó la nulidad del acto administrativo a través del cual el nombramiento de la actora fue declarado insubsistente, sin motivación, por ser de libre nombramiento y remoción.

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 18 de enero de 2022¹ proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante la cual se dispuso:

¹ Aunque en el texto aprobado de la sentencia de primera instancia quedó como fecha el 18 de enero de 2021 lo cierto es que en realidad se trató de un error de digitación pues la fecha en que se expidió dicha decisión fue el 18 de enero, pero de 2022.

“PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la señora Dayana Andrea Fernández Acosta, contra la subsección E de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia” (mayúsculas fijas del original - archivo disponible en medio magnético a través del aplicativo SAMAI).

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 20 de abril de 2021² la parte demandante formuló acción de tutela con el fin de que le sean amparados sus derechos constitucionales fundamentales del debido proceso, igualdad, buena fe, así como los principios de *“prelación de la Constitución sobre las demás normas”* y *“primacía de los derechos fundamentales”*.

1. Los hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la acción la parte demandante señaló, en síntesis, lo siguiente:

1) La señora Dayana Andrea Fernández Acosta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la Contraloría de Cundinamarca con el fin de cuestionar la legalidad de la Resolución no. 0236 de 13 de abril de 2016 mediante la cual su nombramiento en el cargo de profesional universitaria, código 219, grado 01 fue declarado insubsistente, sin motivación alguna.

2) El Juzgado 50 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá en sentencia del 26 de marzo de 2019 accedió a las pretensiones de la demanda en atención a la sentencia C-1177 de 2001 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del literal b) del numeral 2º del artículo 5º de la Ley 443 de 1998³ en cuanto a la regla de derecho que establecía que constituían cargos de libre nombramiento y remoción aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implicara confianza y que tuvieran asignadas funciones asistenciales o de apoyo al servicio

² Si bien transcurrió un tiempo considerable entre la presentación de la solicitud de acción de tutela y la fecha de esta sentencia, se advierte que la tardanza se debió a los trámites administrativos surtidos en la primera instancia de este proceso, debido a que el proyecto de fallo presentado por el magistrado Carmelo Perdomo Cuéter fue derrotado, motivo por el cual se ordenó su posterior remisión al despacho que le seguía en turno (índice 19 de Samai).

³ *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”.*

directo e inmediato en los órganos de control del nivel territorial, siempre y cuando tales empleos se encontraran adscritos al despacho del contralor y del personero.

3) En consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución no. 00236 del 13 de abril de 2016 a través de la cual la Contraloría de Cundinamarca declaró insubsistente el nombramiento de la actora, tras considerar que los criterios clasificatorios del cargo eran de aquellos que la Corte prohibió como excluidos de la carrera administrativa por no implicar una confianza cualificada, distinta a la inherente al desempeño de una cargo público y por cuanto dichos cargos se encontraban adscritos al despacho del contralor de Cundinamarca.

4) La Contraloría de Cundinamarca⁴ y el Ministerio Público⁵ apelaron y la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 6 de noviembre de 2020 revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones.

5) Para sustentar su decisión, señaló que la planta de cargos de la Contraloría de Cundinamarca establecida mediante Ordenanza no. 154 de 2012 previó que los únicos cargos de libre nombramiento y remoción con la denominación profesional universitario, código 219, grado 01, se encontraban adscritos al despacho del Contralor y este podía designar al empleado en cualquier área de esa entidad, sin que ello implicara mutación del cargo, por lo tanto, no era discutible la naturaleza del cargo puesto que así lo estableció el acto de creación.

6) Finalmente, en cuanto a la sentencia C-1177 de 2001 manifestó que, para el caso concreto de la actora, la situación estaba regida por la Ley 909 de 2004 (norma que derogó la Ley 443 de 1998) y las Ordenanzas 22 de 2001, 076 de 2010 y 154 de 2012, las cuales gozan de presunción de legalidad y por tal razón no era procedente la aplicación de ese precedente habida cuenta que en él la Corte se pronunció sobre

⁴ Indicó que las Ordenanzas 022 de 2001, 076 de 2010 y 154 de 2012 establecieron el cargo de la actora como un empleo de carácter ordinario adscrito al despacho del Contralor, por lo que esa era su naturaleza, además, la demandante estaba adscrita al despacho del Contralor, cumplía funciones de confianza, asesoría institucional y de apoyo, su vinculación fue ordinaria y tanto en la resolución como en el acta de posesión así quedó consignado, de manera que su vinculación y retiro quedó bajo la potestad del nominador.

⁵ Manifestó que la actora estaba vinculada por nombramiento ordinario en un cargo de libre nombramiento y remoción cuya naturaleza jurídica estaba fijada en la Ordenanza 154 de 2012, por lo que no era posible mutarla en aplicación del principio de realidad sobre las formas con fundamento en las funciones ejercidas como ocurre en el contrato realidad.

una norma diferente a la Ley 909 de 2004 que era la que regulaba la situación jurídica de la actora.

2. El fundamento de la vulneración

La parte demandante consideró que la decisión de 6 de noviembre de 2020 incurrió en los defectos por desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución, sustantivo y fáctico. Al respecto sustentó los defectos mencionados bajo las siguientes consideraciones:

En cuanto al desconocimiento del precedente señaló que el tribunal accionado, por un lado, se apartó sin justificación alguna del precedente de la Corte Constitucional⁶ para darle prioridad a unas ordenanzas emitidas por la Asamblea de Cundinamarca y, por otro, del precedente del Consejo de Estado⁷ en un caso de contornos similares en el cual se negó la condición de empleados de libre nombramiento y remoción a quienes ocupan cargos asistenciales y misionales al servicio directo e inmediato de los despachos de los contralores de las entidades territoriales.

En la sentencia C-1177 de 2001 la Alta Corporación determinó que los cargos asistenciales y de apoyo que estén al servicio directo e inmediato de los despachos de los contralores territoriales –como el que supuestamente ocupó la demandante en la Contraloría de Cundinamarca– no pueden ser de libre nombramiento y remoción por cuanto no implicaban una confianza especial, distinta a la regular.

Sin embargo, el tribunal le restó importancia a esas providencias, en especial a la C-1177 de 2001 de la Corte Constitucional, bajo el argumento de que no era aplicable al caso concreto porque se pronunció sobre una norma anterior a la Ley 909 de 2004.

Sobre la violación directa de la Constitución manifestó que se desconocieron los artículos 13 y 125 superiores, en tanto se desconoció que como fue *“declarada inconstitucional la condición de empleado de libre nombramiento y remoción de los cargos asistenciales o de apoyo al servicio del Despacho del Contralor, el legislador*

⁶ Sentencias C-1177 de 8 de noviembre de 2001 y C-405 de 1995 de la Corte Constitucional.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de marzo de 2012, rad. 25000-23-25-000-2003-04732-01 (0131-10), CP Gerardo Arenas Monsalve.

ordinario no puede reproducir una norma en ese sentido, y en no haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad”.

Frente al defecto sustantivo sostuvo que no ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción al momento en que fue declarada insubsistente por dos razones: i) el literal b del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 no establece entre las excepciones a los empleos de carrera administrativa aquellos adscritos al despacho del contralor de un ente territorial y ii) la confianza depositada en el empleo desempeñado por la actora no conllevaba una confianza especial y cualificada que hiciera procedente la exclusión de la carrera administrativa.

Por último, en relación con el defecto fáctico indicó que se realizó una indebida valoración probatoria por cuanto se concluyó que su cargo estaba adscrito al despacho del señor Contralor de Cundinamarca, sin tener en cuenta que pertenecía a la Dirección de Investigaciones de la Contraloría de Cundinamarca.

3. Pretensiones

Con fundamento en lo anterior la parte demandante solicitó que se acceda a las siguientes súplicas:

*“Comendidamente solicito a los honorables Consejeros, como jueces constitucionales, conceder el amparo constitucional de los derechos fundamentales de DAYANA ANDREA FERNÁNDEZ ACOSTA a la igualdad -art. 13 CN-, la confianza legítima (buena fe) -art. 83 CN-, prelación de la Constitución sobre las demás normas -art. 4 C.N.-, la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales -art. 2 C.N.-, la primacía de los derechos humanos -art. 5 CN- y al debido proceso -art. 29 CN-; y de contera deje sin efecto la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2020, notificada por correo electrónico el 27 de enero de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, en el proceso identificado con el radicado No 11001334205320160064701, y le ordene proferir sentencia confirmando la proferida por el Juzgado 53 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C”.
(archivo disponible en medio magnético en el aplicativo SAMAI).*

4. Actuación procesal

Mediante auto de 23 de abril de 2022 la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación admitió la acción de tutela y ordenó la notificación al presidente y magistrados integrantes de la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal

Administrativo de Cundinamarca y al contralor de Cundinamarca con el fin de que allegaran un informe sobre los hechos que motivaron el ejercicio de la acción.

5. Sentencia de primera instancia

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencia de 18 de enero de 2021 declaró improcedente la acción de tutela, tras considerar que no cumplió con el requisito de relevancia constitucional por las siguientes razones:

El mecanismo fue utilizado como una tercera instancia para reabrir discusiones jurídicas ya concluidas y resueltas por el juez natural del asunto con el fin de obtener un nuevo pronunciamiento en su favor sobre la ilegalidad de la resolución que declaró insubsistente el nombramiento de la actora del cargo de profesional universitaria, pero bajo el amparo de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela.

Desde la demanda la actora insistió en que la verdadera naturaleza del empleo era de carrera ocupado en provisionalidad, no obstante, el tribunal accionado, a partir de la totalidad de las pruebas aportadas al expediente encontró acreditado que el cargo desempeñado por la señora Fernández Acosta era de libre nombramiento y remoción adscrito al despacho del contralor de Cundinamarca, sin perjuicio de que, por necesidades del servicio, este determinara su desempeño en la Dirección de Investigaciones en la cual ejerció funciones similares.

El tribunal fue claro en exponer el fundamento constitucional y normativo de su decisión, así como los motivos por los cuales consideraba que no resultaban aplicables las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-1177 de 2001, las cuales son similares a las de la sentencia C-405 de 1995.

La parte actora no puede pretender que *“el juez de tutela se convierta en juez y parte dentro del asunto a decidir, esto es, expresar argumentos que sustenten la intención de acudir ante el juez constitucional y, asimismo, pronunciarse frente a ellos; pues si bien la acción de tutela es un mecanismo sumario que no exige mayor ritualidad, se recuerda que cuando se trata de controvertir decisiones judiciales se requiere un mínimo de argumentación, no la reiteración de argumentos de legalidad,*

teniendo en cuenta que para su procedencia deben satisfacerse los requisitos generales y específicos para que resulte viable un estudio de fondo, y no la mera manifestación de estar en desacuerdo con la decisión judicial adoptada”.

Cabe anotar que en esa decisión salvó su voto uno de los magistrados de la Sala por considerar, por un lado, que el asunto sí tenía relevancia constitucional y, por el otro, que había lugar a amparar y dejar sin efectos la sentencia materia de tutela en atención a que la regla general es que los empleados son de carrera administrativa y la excepción es que sean de libre nombramiento y remoción, de modo que como el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 no contempla dentro de las excepciones el cargo de la actora debió considerarse que el mismo sí era de carrera y que la actora lo ocupaba en provisionalidad, motivo por el cual sí era necesario que el acto de retiro estuviera debidamente motivado.

6. Impugnación

La parte demandante manifestó su inconformidad con la sentencia de tutela de primera instancia, pues, a su juicio, el asunto sí reviste relevancia constitucional por cuanto se violó el artículo 125 de la Constitución Política en la medida que el tribunal aplicó una excepción a la regla general de la carrera administrativa (Ley 909 de 2004), es decir, no tuvo en cuenta que el cargo no estaba excluido de los de carrera, lo cual va en contra del precedente de la Corte Constitucional.

En lo demás, reprodujo los argumentos del escrito inicial de la acción de tutela.

II. LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) finalidad de la acción de tutela, 2) el caso concreto, 3) cuestión previa al análisis de los defectos y 4) análisis de los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución.

1. La finalidad de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, disposiciones que regulan la acción de tutela, tal mecanismo se ejerce mediante un procedimiento preferente y sumario cuyo objeto es proteger de manera inmediata y eficaz los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, este mecanismo no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir los mecanismos de defensa idóneos previstos por el legislador y tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos o para revivir términos precluidos o acciones caducadas.

De igual forma, dichas normas establecen la improcedencia de esta acción cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos fundamentales del demandante.

2. El caso concreto

En el asunto de la referencia se demanda por esta vía constitucional a la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales antes mencionados, presuntamente vulnerados con ocasión de la sentencia de 6 de noviembre de 2020 mediante la cual se revocó la decisión que declaró la nulidad del acto administrativo de insubsistencia de la actora en un cargo en la Contraloría de Cundinamarca, sin motivación alguna por ser de libre nombramiento y remoción y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró improcedente el mecanismo por cuanto consideró que no cumplió con el requisito de relevancia constitucional, en tanto la parte actora pretende reabrir una discusión que ya fue zanjada en el curso del proceso ordinario.

En la impugnación, el demandante reprodujo algunos argumentos del escrito inicial y manifestó que el asunto sí es constitucionalmente relevante en la medida en que se violó el artículo 125 de la Constitución Política.

Ahora bien, para la Sala, el presente caso cumple los requisitos genéricos de procedibilidad enunciados por la jurisprudencia constitucional, por cuanto: (i) se agotaron todos los medios de defensa judicial disponibles al alcance de la persona afectada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (ii) se cumplió con el requisito de la inmediatez, si se tiene en cuenta que la acción fue promovida dentro de los 6 meses siguientes a la notificación de la providencia atacada⁸; (iii) el presente caso no se trata de una irregularidad procesal que deba ser tenida como un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora; (iv) la parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron, (v) no se ataca una sentencia de tutela y, finalmente, (vi) la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, por cuanto los argumentos del escrito no corresponden a una reiteración de lo debatido en el proceso ordinario, en tanto la parte demandante no fue quien apeló y los argumentos de la demanda no se acompañan con los del escrito de tutela, aunado a que no se trata de un asunto de mera legalidad y se plantearon unos defectos específicos.

3. Cuestión previa al análisis de los defectos

En primer lugar, se advierte que se analizarán de manera conjunta los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución en atención a que los argumentos para sustentar tales defectos se encaminan a demostrar que el empleo era de carrera –ocupado en provisionalidad– y no de libre nombramiento y remoción, según lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y la sentencia C- 1177 de 2001 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el literal b) del numeral 2º del artículo 5º de la Ley 443 de 1998 porque violó el artículo 125 de la Carta Superior sobre la carrera administrativa.

Por otra parte, se analizará el defecto fáctico relacionado con la indebida valoración de las pruebas que demostraban que el cargo sí era de carrera por cuanto la actora desempeñó funciones en otra dependencia distinta al despacho del contralor de Cundinamarca.

⁸ La notificación de la sentencia cuestionada se efectuó el 27 de enero de 2021 y la tutela se presentó el 20 de abril del mismo año.

Así las cosas, en los términos en que ha sido propuesta la controversia la Sala revocará la decisión de primera instancia que declaró la falta de relevancia constitucional y, en su lugar, accederá a las pretensiones de la acción de tutela con fundamento en las siguientes razones:

4. Análisis de los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución

4.1) Frente a tales defectos la parte demandante sostuvo que no ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción en el momento en que fue declarada insubsistente por dos razones: i) el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004⁹ no establece entre las excepciones a los empleos de carrera administrativa los empleos adscritos al despacho del contralor de un ente territorial y ii) la confianza depositada en el empleo desempeñado por la actora no corresponde a aquella que es propia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

4.2) Además, indicó que el tribunal desconoció la sentencia C- 1177 de 2001 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el literal b) del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 443 de 1998, el cual establecía entre las excepciones a los cargos de carrera aquellos adscritos a los despachos de los contralores y personeros territoriales.

⁹ Artículo 5º. *“Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

b) *Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:*

En la Administración Central del Nivel Nacional: Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial. // En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto. // En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior. // En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992. // En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional: Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial. // En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial. Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local. // En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: Presidente, Director o Gerente.”.

4.3) Sobre el particular, sea lo primero destacar que el artículo 125 de la Constitución Política establece que en materia de empleos públicos la regla general es la carrera administrativa¹⁰ y entre las excepciones a dicha regla se encuentran, entre otros, los empleos de libre nombramiento y remoción.

4.4) En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones para explicar que la regla general en materia del régimen de los empleos públicos es la carrera administrativa, pues con ello se busca privilegiar el mérito como principio rector en el acceso a la función pública, así:

“3.4.4. LA CARRERA COMO REGLA GENERAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público.

La excepción de la aplicación de la carrera administrativa son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que determine la Ley.

La cobertura de la regla general sobre carrera se extiende de tal manera que cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudirse al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios”.

4.5) De acuerdo con esa misma sentencia y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución la carrera administrativa se desarrolla en tres fases distintas, saber: i) el ingreso a los cargos, ii) el ascenso y iii) el retiro.

4.6) En relación con las fases de ingreso y ascenso la misma disposición constitucional señala que se surtirán “*previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes*”, a través de concursos de mérito.

¹⁰ “**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”. (negrillas fuera del texto original).

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.

(...).” (Negrillas de la Sala).

4.7) Frente al retiro, la norma estatuye que se deberá hacer “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”.

4.8) A su vez, el Título IV de la Ley 909 de 2004 denominado “DEL INGRESO Y EL ASCENSO AL EMPLEO PÚBLICO” establece en su artículo 23 las clases de nombramientos y el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, reglamentario del sector de función pública, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.”. (Destaca la Sala).

4.9) En suma, de lo hasta aquí explicado es posible colegir que en materia de empleo público la regla general es que los cargos son de carrera administrativa y que los de nombramiento y remoción constituyen una de las excepciones a dicha regla, además, que la provisión en ambos casos es igualmente diferente.

5) Por un lado, los de carrera deberán proveerse con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema del mérito o, mientras se surte el concurso, mediante un nombramiento transitorio a través de encargo o en provisionalidad, mientras que, por el otro lado, los empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistos en encargo o a través de nombramiento ordinario.

5.1) A su vez, en lo referente al retiro de los empleados que ocupan dichos cargos, según se trate de una u otra figura, las condiciones para desvincularlos del servicio son también distintas, pues, en virtud de la confianza que prima en los de libre

nombramiento y remoción si esa confianza se pierde el nominador puede disponer del cargo “libremente”, como su nombra lo indica, y, por el contrario, tratándose de cargos de carrera, bien sea que se ocupen producto de haber superado las etapas del proceso de selección, ora por nombramiento en provisionalidad, el acto requiere ser motivado.

5.2) Al respecto, en sentencia SU-917 de 2010, la Corte se pronunció en los siguientes términos sobre el retiro de los empleados provisionales:

“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 predicen directamente de quien es desvinculado”. 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”.

5.3) En cuanto a ese punto, el mencionado Decreto 1083 de 2015 estableció con claridad lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. *Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*

5.4) En suma, en los términos hasta aquí analizados para la Sala es claro que de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional solo procede por acto debidamente motivado y, por el contrario, el acto de retiro de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, como se explicó, no requiere motivación.

5.5) En el caso concreto, la discusión se centra en establecer la naturaleza del empleo de profesional universitario, código 219, grado 01 de la Contraloría de Cundinamarca, puesto que el nombramiento de la actora en dicho cargo fue declarado insubsistente a través de la Resolución no. 0236 de 13 de abril de 2016, sin motivación alguna, por tratarse presuntamente de un acto de libre nombramiento y remoción.

5.6) Se recuerda que en la decisión materia de tutela el tribunal accionado concluyó que efectivamente el cargo desempeñado por la señora Fernández Acosta era de libre nombramiento por lo cual el nominador podía retirarla del servicio sin necesidad de motivar dicho acto, por cuanto el empleo estaba adscrito al despacho del contralor y, además, los actos de creación (Ordenanzas 22 de 2001, 076 de 2010 y 154 de 2012), así como el acto de nombramiento de la actora, establecieron expresamente que este era de tal naturaleza.

5.7) No obstante, la Sala de entrada advierte que de conformidad con el análisis sustantivo explicado en líneas precedentes y según lo establecido en el propio artículo 125 de la Constitución, se reitera, todos los empleos públicos son de carrera administrativa, lo que implica que para retirar a un empleado que ocupa dicho cargo el acto debe motivarse con razones objetivas, suficientes y razonables que deben constar claramente en el acto de desvinculación.

5.8) Ahora que, si bien entre las excepciones a dicha regla general están los de libre nombramiento y remoción lo cierto es que la ley no estableció entre dichas excepciones el cargo de profesional universitaria, código 219, grado 01, que es el que desempeñaba la actora.

5.9) En consecuencia, el tribunal accionado no podía desconocer la Constitución y la ley bajo el argumento de que los actos administrativos –generales de creación del cargo y particular de nombramiento– dispusieron que el cargo era de libre nombramiento y remoción, pues con ello pasó por alto el rango de normas superiores para darle prioridad a unas ordenanzas que por su naturaleza no podían contravenir la Carta Política ni normas legales de mayor jerarquía.

6) Desde ningún punto de vista es admisible que se le pueda otorgar más fuerza normativa a un acto administrativo frente a la ley o mucho menos frente a la

Constitución, por lo que en este caso para la Sala es claro que se incurrió en un defecto sustantivo debido a que se desconoció que el literal b) del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 no previó expresamente que el cargo de profesional universitaria, código 219, grado 01 fuese de libre nombramiento y remoción, de donde resultaba forzoso concluir que, por el contrario, este era de carrera administrativa y que la actora lo ocupaba en provisionalidad, razón de más para concluir que el acto de desvinculación sí debía ser debidamente motivado.

6.1) Ello recobra mayor sentido si se tiene en cuenta, como lo indicó la accionante, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1177 de 2001 declaró inexecutable el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 443 de 1998 que exceptuó de la regla general de carrera administrativa y constituyó como de libre nombramiento y remoción aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implicara confianza y que tuvieran asignadas funciones asistenciales o de apoyo al servicio directo de los despachos de los contralores y personeros territoriales.

6.2) En el estudio de constitucionalidad de la referida norma la Corte consideró que se violó el artículo 125 de la Constitución Política en razón a que la confianza depositada en esos empleados no era distinta a la que se exige para el cabal cumplimiento del servicio público y, por otro lado, puesto que su vinculación directa a los despachos de los contralores y personeros territoriales no implicaba un criterio de clasificación admisible para ser excluido del sistema general de carrera administrativa, así:

“Constitucionalidad de la norma acusada en cuanto a los cargos referidos a los despachos de los contralores y personeros de las entidades territoriales.

Otra situación bien distinta es la que se aprecia con respecto de la constitucionalidad de la exclusión del sistema de carrera administrativa, de los cargos de cualquier nivel jerárquico, cuyo ejercicio implique confianza y que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los despachos de los contralores y personeros de las entidades territoriales. Al examinarse la vigencia del principio general que contempla el artículo 125 constitucional frente a la naturaleza de la función que se cumple en esas entidades, se debe concluir que la referida exclusión que trae la norma acusada constituye un exceso que desconoce dicho precepto constitucional.

Efectivamente, los contralores son los directos responsables de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración en la respectiva entidad territorial y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de públicos, donde haya contralorías (CP, art. 272). A su turno, los personeros de las entidades territoriales, ejercen en términos generales un control administrativo en los distritos y municipios, así como las

funciones de Ministerio Público en dichas entidades territoriales y promueven la defensa de los derechos humanos en el correspondiente ámbito territorial.

De manera que, se trata de funcionarios que ejercen una función de carácter eminentemente técnico y no político ni de gestión administrativa; esto último no obsta para indicar que ejercen funciones administrativas ordinarias e inherentes a la organización que dirigen. Por lo tanto, nada impone que la realización de funciones asistenciales y de apoyo en los despachos de los contralores y personeros, exija un nivel de confianza laboral y personal extremadamente cualificado para su vinculación y distinto al que se exige para el cabal cumplimiento del servicio público, que justifique que los respectivos empleos deban ser retirados de la carrera administrativa, como fórmula exceptiva al principio general que sobre la misma rige constitucionalmente.

(...).

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a considerar la norma acusada como violatoria del artículo 125 superior, con respecto del contenido normativo que establece que son de libre nombramiento y remoción los cargos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza y que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo, al servicio directo e inmediato de los contralores y personeros de las entidades territoriales, siempre y cuando estén adscritos a sus respectivos despachos". (negritas del texto original).

6.3) Así las cosas, en atención a la interpretación que previamente hizo la Corte sobre la inconstitucionalidad de una norma de rango legal porque contravenía la Carta Política en tanto desconoció el principio general contemplado en el artículo 125 superior, por cuanto excluyó de la carrera administrativa los empleos adscritos a los despachos de los contralores y personeros de las entidades territoriales con funciones asistenciales o de apoyo, no es de recibo que a través de un acto administrativo –el cual tiene menor rango normativo incluso que una ley– se haya reproducido dicha regla que había sido declarada inexecutable con anterioridad.

6.4) Admitir lo contrario, como lo hizo el tribunal, implicaría aceptar que la norma declarada inexecutable pueda ser reproducida nuevamente por el reglamento o por un acto administrativo, lo cual a todas luces constituye una violación directa de la Constitución, específicamente del artículo 125 de la Constitución Política, como lo analizó el Tribunal Constitucional en casos como el de la actora.

6.5) Si bien es cierto que en esa oportunidad la Corte analizó la executable del literal b del numeral 2º del artículo 5 la Ley 443 de 1998 y no el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 que la reemplazó –y que rige la situación de la actora–, no queda duda de que dicho precedente debe ser atendido puesto que

la declaratoria de inexecutable de una norma tiene efectos de cosa juzgada constitucional material¹¹, tal como lo expuso el Consejo de Estado en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil¹²:

*"En cuanto a los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad, se ha considerado que éstos no pueden circunscribirse simplemente a efectos ex tunc (retroactivos) o efectos ex nunc (pro futuro) porque **"la sentencia será eficaz frente a todas aquellas relaciones (anteriores o posteriores a su publicación) en las que la disposición o norma declarada inconstitucional pudiese ser objeto de aplicación"**.*

(...).

Tiene además, esa declaratoria, efectos de cosa juzgada constitucional no solo en relación con la disposición revisada sino sobre los otros textos legales que tengan idéntico contenido normativo. Así, el artículo 243 de la Constitución Nacional prevé: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución". Este precepto superior se refiere al contenido material del acto declarado inexecutable y no circunscribe a un tipo determinado de autoridad la imposibilidad de reproducirlo.

De lo anterior se infiere que cualquiera que sea la autoridad que aplique una disposición formalmente vigente pero con el mismo fondo o materia de una que haya sido definida como inconstitucional, viola el precepto superior antes mencionado, ya que en la práctica está reproduciendo "el contenido material del acto declarado inexecutable". Es decir, esta prohibición se impone tanto para la autoridad que reproduce materialmente la norma como para quien la aplica(...)". (Negrillas de la Sala).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-311 de 2002: **"La prohibición de reproducción material de contenidos normativos declarados inexecutables. El fenómeno de la cosa juzgada constitucional material. De conformidad el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política, para determinar si se está en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos: 1) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable. 2) Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción. 3) Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado inconstitucional por "razones de fondo", lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutable no debe haber reposado en un vicio de forma. 4) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexecutable (...)"**.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1093 de 22 de abril de 1998, CP Augusto Trejos Jaramillo.

6.6) Tan claro resulta lo anterior que, de hecho, al momento en que el legislador expidió la Ley 909 de 2004 atendió la referida sentencia de constitucionalidad en la medida en que en el nuevo texto modificó el componente de “*confianza*” a “*especial confianza*” y suprimió como criterio de exclusión la vinculación de los empleos adscritos a los despachos de contralores y personeros de las entidades territoriales, como se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo que se incluye para ilustrar las diferencias entre un cuerpo normativo y otro:

| Normas sobre carrera administrativa | |
|--|--|
| Ley 443 de 1998 | Ley 909 de 2004 |
| <p>“Artículo 5°. De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:</p> <p>(...).</p> <p>2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:</p> <p>(...).</p> <p>b) Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos:</p> <p>(...).</p> <p>En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:</p> <p>Gobernador; Alcalde Distrital, Municipal y Local; Contralor y Personero.</p> <p>(...)”.</p> | <p>“Artículo 5°. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:</p> <p>(...).</p> <p>2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:</p> <p>(...).</p> <p>b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:</p> <p>(...).</p> <p>En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:</p> <p>Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local</p> <p>(...)”.</p> |

6.7) Bajo esa senda argumentativa, en síntesis, la Sala considera que se incurrió en un defecto sustantivo y de paso se violó de manera directa la Constitución en tanto se desatendió la interpretación que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-1177 de 2001 sobre el artículo 125 superior en casos en los que se excluye de la regla general de la carrera administrativa los empleos adscritos a los despachos de los contralores o personeros de las entidades territoriales que no exigen un nivel especial de confianza, como es el caso de la actora.

6.8) Inclusive, aun si en gracia de discusión se aceptara que en ese asunto la Corte analizó exclusivamente la constitucionalidad del literal b del numeral 2º del artículo 5 la Ley 443 de 1998, precepto que ya no se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico y que, por ende, podría pensarse que no guarda relación con la situación jurídica de la actora, lo cierto es que en dicho pronunciamiento la razón de ser de la declaratoria de inexequibilidad de esa disposición fue que los cargos con funciones asistenciales y de apoyo de los despachos de los contralores, como el que ocupaba la actora, no exigen un nivel de confianza especial y personal distinto al que se requiere para el cumplimiento de cualquier cargo del servicio público, por lo que no se encontraba justificada dicha exclusión.

6.9) La Sala pone de relieve que en este caso, a partir del recuento del estudio que hizo el propio tribunal accionado en la decisión cuestionada, se aprecia con claridad que en la planta de personal de la Contraloría de Cundinamarca se crearon 56 cargos de profesional universitario, código 219, grado 01, sin embargo, en esos actos de creación se dispuso que una parte de ellos serían de carrera administrativa (45 de ellos) y los demás de libre nombramiento y remoción (11 entre los que se encontraba el de la actora); no obstante, la única justificación que se aprecia para tener como tal estos últimos es que los mismos se adscribieron al despacho del contralor, es decir, si bien se trataba de los mismos cargos que tenían funciones equivalentes y casi idénticas -con la única diferencia que estos se hacían depender del contralor, a quien además le rendirían cuentas y que podía designarlos en distintas dependencias- se dispuso a través de un acto administrativo que unos serían de carrera administrativo y otros no.

7) Para la Sala no es de recibo que el hecho de que unos estén adscritos al despacho del contralor y otros no sirva justificar que se excluyan a los primeros de la carrera administrativa, pues como lo señaló la Corte Constitucional en la

sentencia a la que se viene aludiendo “*nada impone que la realización de funciones asistenciales y de apoyo en los despachos de los contralores y personeros, exija un nivel de confianza laboral y personal extremadamente cualificado para su vinculación y distinto al que se exige para el cabal cumplimiento del servicio público, que justifique que los respectivos empleos deban ser retirados de la carrera administrativa, como fórmula exceptiva al principio general que sobre la misma rige constitucionalmente*”.

7.1) Por consiguiente, se infiere que efectivamente el tribunal accionado incurrió en los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución, razón por la cual la Sala se relevará del estudio del defecto fáctico.

7.2) En ese horizonte de comprensión, se dejará sin efecto el fallo proferido el 6 de noviembre de 2020 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-33-42-053-2016-00647-01 y se ordenará al tribunal accionado que profiera una nueva decisión en la cual se tengan en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y el estudio que en sede de constitucionalidad realizó el Alto Tribunal Constitucional sobre el artículo 125 de la Carta Política, el cual es vinculante y tiene efectos de cosa juzgada material, en los términos explicados en esta decisión.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B–**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

Revocáse la sentencia de primera instancia que declaró la falta de relevancia constitucional. En su lugar se dispone:

1º) Ampárase los derechos fundamentales invocados por la parte actora, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º) En consecuencia, **déjase** sin efecto la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020 proferida al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-33-42-053-2016-00647-01.

3º) Ordénase al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha de notificación de esta providencia profiera una decisión en reemplazo en la cual se tengan en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.

4º) Notifíquese esta decisión personalmente a las partes o mediante telegrama, telefónica, electrónicamente o por cualquier otro medio expedito y eficaz.

5º) Comuníquesele este fallo a la Sala que resolvió la controversia en primera instancia y remítasele copia de la misma.

6º) Ejecutoriada esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, con las respectivas anotaciones secretariales previas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta.