

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, a los derechos de carrera administrativa y al trabajo / DEFECTO POR AUSENCIA DE MOTIVACION - Cuando los servidores judiciales incumplen su deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones

Una providencia está afectada por este defecto cuando los servidores judiciales incumplen su deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, puesto que es, en la motivación, en la que reposa la legitimidad de su órbita funcional... De acuerdo con los argumentos que expone el tribunal, la Sala encuentra que estos no resultan suficientes para negar el restablecimiento del derecho, concretamente en relación con el reintegro del actor, consecuencia que se deriva de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia, con mayor razón cuando se trata de una persona que estaba en carrera administrativa especial del DAS. No se considera un motivo suficiente el mencionar los decretos que regularon el proceso de supresión del DAS y la asunción de competencias de entidades como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pues esto es un panorama que permite evidenciar únicamente la delegación de competencias y la forma como serían asumidos los procesos por parte de la mencionada agencia, pero nada se dice respecto del estudio relacionado con la entidad donde eventualmente podría ser reintegrado o la forma de resarcir el restablecimiento del derecho del actor, por lo menos, de manera económica ante la imposibilidad de una reubicación laboral... Al respecto, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso de similares supuestos fácticos, donde un ex detective del DAS igualmente inscrito en carrera especial, si bien obtuvo la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia, no fue posible su reintegro dadas las circunstancias de supresión definitiva del Departamento Administrativo de Seguridad. En esa oportunidad, esta Sección consideró el punto relacionado con la imposibilidad del reintegro en casos como los ex servidores del DAS... En casos como el que ocupa la atención de la Sala, en los que la entidad que tenía a cargo el cumplimiento de la orden judicial desaparece, corresponde al juez constitucional buscar alternativas de solución para que los derechos que fueron restablecidos con ocasión de la decisión ordinaria, sean satisfechos de algún modo y en ese sentido, se materialice el concepto de justicia. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido que dadas especiales circunstancias que hacen que una orden no pueda materialmente ser cumplida, se propongan formas alternas de cumplimiento al fallo judicial respectivo, que lleven a la satisfacción del derecho de acceso a la administración de justicia y además, con el ánimo de alcanzar la satisfacción material del derecho involucrado.

NOTA DE RELATORIA: En relación al defecto por decisión sin motivación, ver: Corte Constitucional, sentencia T-233 de 29 de marzo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

EMPLEADOS PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Titulares de derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional / RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION - Ante la imposibilidad material de ejecutar el reintegro por supresión del DAS

Esto explica cómo al haberse suprimido el DAS, es imposible cumplir con ello ante la desaparición de la entidad mencionada, pero pese a ello es posible analizar una alternativa de solución en aras de no desconocer los derechos de quien fue retirado de manera ilegal. Considera la Sala que en el presente asunto, por tratarse de una obligación de hacer y acreditados los supuestos que permiten

concluir la imposibilidad material de ejecutar el reintegro del actor, la alternativa razonable conforme a los argumentos expuestos atrás, es el reconocimiento de una indemnización como forma de resarcir su derecho al reintegro, motivación que podría llegar a ser suficiente en aras de no desconocer el derecho que le asiste al actor. Así las cosas, podría analizarse por el tribunal que el único mecanismo de resarcimiento existente para garantizar la protección del derecho de acceso a la administración de justicia del actor, es el de la compensación o indemnización como equivalencia, pues como se ha dicho, se está ante la imposibilidad jurídica de satisfacer la orden de reintegro impuesta por el juez contencioso administrativo. Ello es así, teniendo en cuenta las tesis formuladas en las sentencias SU- 556 de 2014 y SU- 054 de 2015, por lo que al presente asunto ha de aplicarse lo dispuesto en los parágrafos 1 y 2 del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, relativo a la forma de indemnización de los empleados en carrera administrativa a los que no es posible garantizarles la continuidad en el empleo por supresión del cargo o liquidación de la entidad. Esta indemnización debe ser asumida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como organismo encargado de atender los procesos judiciales y todos los aspectos relacionados con el cierre del DAS, en la forma establecida en el Decreto 1303 de 2014. Se advierte que esta indemnización que podría ser sugerida como motivación para el cumplimiento del restablecimiento del derecho, como ha quedado dicho, se causa por la imposibilidad material de cumplir la orden de reintegro en el extinto D.A.S., la cual es independiente de la indemnización que a título de restablecimiento del derecho pueda haberse ordenado por el juez natural... Por lo expuesto, la Sala considera que debe revocarse la decisión de primera instancia y en su lugar, deberán ampararse los derechos invocados por el actor. En consecuencia, se ordenará dejar sin efectos la sentencia del 2 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y el auto del 12 de mayo de 2015 que resolvió no aclarar ni adicionar la mencionada sentencia, únicamente en lo relacionado con la orden de reintegro del actor como restablecimiento del derecho. En su lugar, se ordenará que dentro de los veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, el mencionado tribunal proceda a emitir una nueva sentencia en las que sean tenidas en cuenta las consideraciones hechas en esta sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 44 - PARAGRAFO 1 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 44 - PARAGRAFO 2 / DECRETO 1303 DE 2014

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la imposibilidad de reintegro de funcionarios por supresión definitiva del DAS, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 24 de septiembre de 2015, exp. 2015-0152-01, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En cuanto a la forma de indemnización de los empleados en carrera administrativa a los que no es posible garantizarles la continuidad en el empleo por supresión del cargo o liquidación de la entidad, ver: Corte Constitucional, sentencia SU- 556 del 24 de julio de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y SU- 054 del 12 de febrero de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01870-01(AC)

Actor: JOHAN ALEXANDER CENDALES TAFUR

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META Y OTROS

La Sala decide la impugnación interpuesta por el señor JOHAN ALEXANDER CENDALES TAFUR, contra la sentencia del 7 de septiembre de 2015, proferida por el CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, que en el trámite de la acción de tutela de la referencia, resolvió lo siguiente:

“1º. Niégase el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, mínimo vital, acceso a la administración de justicia y ‘derechos laborales adquiridos’, invocados por el señor Johan Alexander Cendales Tafur, en los términos indicados en la parte motiva”.

ANTECEDENTES

El 17 de julio de 2015¹, el señor JOHAN ALEXANDER CENDALES TAFUR, quien actúa por intermedio de apoderado, instauró acción de tutela contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a los derechos de carrera administrativa y al trabajo.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare por parte del Honorable Consejo de Estado, la violación de los derechos los siguientes (sic) fundamentales de mi poderdante a la igualdad, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, su derecho de carrera administrativa, al trabajo, al mínimo vital, la violación a derechos laborales adquiridos, al cumplimiento del deber que tiene el estado de responder por sus actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones, entre otros, además de todos los que el Honorable Consejo de Estado considere que fueron violados por la administración de justicia al proferirse el fallo del 02 de diciembre de 2014 por parte del Tribunal Administrativo del Meta.

¹ Información tomada del sello de la Secretaría General de esta Corporación visible a folio 1.

SEGUNDA: Que se declare que el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, violó el debido proceso en la sentencia de segunda instancia proferida el 02 de diciembre de 2011, al no motivarla en debida forma.

TERCERA: Que se declare que el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, violó el debido proceso al no reconocer personería jurídica a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), antes de tenerla como sucesora procesal del DAS en la causa y que no verifica que el mencionado proceso le había sido efectivamente entregado con arreglo a los requisitos señalados en el Decreto 1303 del 2014 y atentar este hecho en un documento que supuestamente se encuentra en el Anexo 1 Folio nueve, el que no fue encontrado por la suscrita en ningún folio del proceso.

CUARTO (sic): Se declare que el restablecimiento del derecho fue hecho en indebida forma, pues se omitió por parte del Honorable Tribunal Administrativo del Meta en fallo del 02 de diciembre de 2014, incorporarlo y/o asimilarlo en razón al derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, derecho al mínimo vital, a el derecho a la carrera administrativa, entre otros, y a que se debieron tener las consideraciones con mi poderdante que se tuvieron con los demás funcionarios de carrera administrativa que se encontraban incorporados al DAS al momento de su supresión definitiva.

QUINTA: Se declare, en última instancia solo de no ser posible la incorporación y/o reintegro de mi poderdante, que tiene derecho a la indemnización conforme al artículo 4 de la Ley 909 de 2004.

SEXTA: Que se DECLARE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de JOHAN ALEXANDER CENDALES TAFUR.

SÉPTIMA: Se ordene el reintegro y/o sustitución patronal o incorporación del accionante, con efectividad a la fecha de insubsistencia, al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, respetándose los derechos atinentes a los ascensos y aumentos salariales que le correspondan para el caso en concreto, además de toda la gama de derechos que implica la carrera administrativa hasta la supresión definitiva del DAS y la inscripción al nuevo régimen al cual le corresponda.

OCTAVA: Se ordene el reintegro y/o incorporación la entidad receptora del suprimido DAS, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, teniendo en cuenta lo ordenado en el numeral 3.2. del artículo 3° del Decreto 4057 de 2011, el cual establece que las funciones de la policía judicial para investigaciones de carácter criminal, se traslada a la Fiscalía General de la Nación, función que ostentaba mi poderdante al momento de ser declarado insubsistente.

NOVENA: Que se ordene el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha del retiro hasta que se realizara si respectivo reintegro al igual que los aumentos y ascensos posibles que se vieron frustrados por el acto administrativo lesivo e injusto que dio lugar a su declaratoria de insubsistencia. Y que además esta sea tenida

como pretensión principal para el restablecimiento del derecho de mi poderdante.

DÉCIMA: Se ordene en el determinado caso que se pruebe en el presente proceso de tutela la inexistencia de cargos o vacantes que se ajusten al perfil del cargo en el que se encontraba mi poderdante al momento de ser declarado insubsistente, el pago de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

ONCE: Se declare las costas, y agencias en derecho por el trámite de la presente acción de tutela y se ordene su pago conforme a la ley”.

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. El accionante se vinculó con el DAS en calidad de Detective 208-06, mediante Resolución No. 2353 del 24 de octubre de 2002, en carrera especial, conforme al Decreto 2147 de 1989.

2.2. Mediante Resolución No. 602 del 28 de mayo de 2010 fue declarado insubsistente.

2.3. Por lo anterior, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó al DAS con el fin de que se declarara la nulidad del acto de retiro y a título de restablecimiento del derecho pidió se ordenara su reintegro así como el pago de los emolumentos dejados de percibir.

2.4. El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Villavicencio, en sentencia del 30 de septiembre de 2013, negó las pretensiones de la demanda. Consideró que de acuerdo con las pruebas documentales, el accionante había incurrido en conductas que generaron duda de confiabilidad en un cargo como el que ocupaba el demandante y sostuvo que las pruebas testimoniales de quienes trabajaron con el actor, no eran suficientes para enervar los argumentos expuestos en el informe reservado de inteligencia.

2.5. La decisión se apeló ante el Tribunal Administrativo del Meta, que en sentencia del 2 de diciembre de 2014, revocó la decisión de primera instancia y en

su lugar declaró la nulidad del acto de declaratoria de insubsistencia. A título de restablecimiento del derecho ordenó el pago de los salarios y prestaciones desde la fecha del retiro hasta el 11 de julio de 2014 y negó el reintegro solicitado.

2.6. El tribunal consideró, concretamente en relación con el restablecimiento del derecho de reintegro, que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado quien era sucesor procesal del DAS, no tenía a su cargo la incorporación de miembros que trabajaron en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad y por tanto, no era posible su reintegro.

2.7. La decisión se notificó por edicto desfijado el 15 de enero de 2015 (fl.97, expediente en préstamo).

2.8. Mediante providencia del 12 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo del Meta negó la solicitud de adición y aclaración de la sentencia solicitada por el demandante. A su juicio, no era procedente ninguna de las dos figuras, por cuanto al resolverse el recurso de apelación interpuesto, la Sala se había pronunciado sobre el asunto de fondo.

3. Fundamentos de la acción

Para el actor que se configura una vía de hecho por defecto de decisión sin motivación, por cuanto el tribunal centró su argumento en las facultades que el Decreto Ley 4057 de 2011 le otorga a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sin ordenar su reintegro y sin analizar las consecuencias de su decisión. Advirtió que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no estuvo reconocida como parte dentro del proceso, ni siquiera como sucesora procesal del DAS.

Dijo que la consecuencia de la declaratoria de insubsistencia traía como consecuencia el reintegro junto con el pago de lo dejado de percibir, como forma de resarcir los perjuicios causados como consecuencia del retiro injusto y que además, es una persona de carrera administrativa, cuyos derechos no pueden ser desconocidos.

Indicó que algunos de sus compañeros fueron reintegrados a la Fiscalía General de la Nación al ser el perfil de detective - como en su caso -, el que más se asemeja a las funciones de dicha entidad.

Dijo haber interpuesto peticiones a la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC" y a entidades como Migración Colombia, Fiscalía General de la Nación, entre otros, del cual a la fecha de presentación del escrito de tutela contaba con respuesta de la CNSC en la que se le indicaba que era una persona de carrera administrativa, lo que en su sentir, hace que estos no puedan ser desconocidos.

Manifestó que se encuentra en una difícil situación, que debe responder por los gastos de su hogar conformado por su esposa y su menor hijo, que tuvo que entregar su casa al Fondo Nacional del Ahorro al no poder cubrir las cuotas y que sus expectativas de ser ascendido habían quedado en letra muerta.

4. Trámite impartido e intervenciones

4.1. Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" mediante providencia del 28 de julio de 2015, se ordenó notificar a las partes, y se dispuso la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Fiscalía General de la Nación, como terceros con interés (fl. 91).

4.2. El **Tribunal Administrativo del Meta**, explicó que el no restablecimiento del derecho en relación con el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir hasta ese momento, obedeció a que el DAS desapareció del mundo jurídico y que su plazo de supresión fue hasta el 11 de julio de 2014.

En ese orden, sostuvo que resultaba difícil ordenar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesora procesal del DAS, el reintegro del accionante, por cuanto dentro de sus funciones no están las que eran propias del Departamento Administrativo de Seguridad.

Señaló que tampoco contó con elementos de juicio para disponer el reintegro del actor en alguna de las entidades a quienes les fueron asignadas funciones conforme al Decreto 4057 de 2011.

En cuanto al reconocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesor procesal sin haberse reconocido previamente personería jurídica al apoderado, recordó que el acto de reconocimiento de personería es de carácter declarativo y no constitutivo.

4.3. La **Comisión Nacional del Servicio Civil**, sostuvo que existe falta de legitimación por pasiva, por cuanto dentro de sus competencias no se encuentra la de incorporación.

Al margen de lo anterior, explicó el procedimiento para proceder a la incorporación de los servidores de carrera administrativa y sostuvo que ante la imposibilidad de que se diera dicho supuesto, existe la posibilidad de otorgar una indemnización en los términos del numeral 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

Hizo mención a la Circular 003 de 2011, en la que se establece la documentación necesaria para dar inicio al procedimiento administrativo de reincorporación de aquellos ex - servidores públicos a quienes se les suprime su empleo y optan por ser reincorporados.

4.4. La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, por su parte manifestó que el tutelante contó con el recurso extraordinario de revisión en relación con el fallo que cuestiona si consideraba que este no se ajustaba a derecho y que, al hacer uso de los mecanismos de aclaración o complementación de la sentencia, agotó el mecanismo procedente para acceder a la administración de justicia.

Precisó que conforme lo dispone el Decreto 1179 de 2014, la supresión del DAS conllevó a la supresión de empleos de la planta de personal en la medida en que iban siendo incorporados los servidores a otras entidades del Estado y con el cierre definitivo se suprimieron los cargos que estaban ocupados en la planta de personal para ese momento, lo que conllevó a que no existieran vacantes o cargos en los cuales materializar los reintegros.

4.5. La **Fiscalía General de la Nación**, no se pronunció.

5. Providencia impugnada

Mediante providencia del 7 de septiembre de 2015, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, resolvió lo siguiente:

“1º. Niégase el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, mínimo vital, acceso a la administración de justicia y ‘derechos laborales adquiridos’, invocados por el señor Johan Alexander Cendales Tafur, en los términos indicados en la parte motiva”.

Para sustentar esa decisión, señaló que el Tribunal Administrativo del Meta analizó las normas aplicables al caso, estudió la hoja de vida del actor y consideró las calificaciones periódicas que destacaban su labor como detective.

Así mismo, tuvo en cuenta los testimonios recogidos a lo largo del proceso y citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la que se ha indicado que en el caso de los detectives de carrera administrativa especial, es válido el uso de la facultad discrecional, siempre y cuando el servidor afectado tenga la oportunidad de conocer y controvertir el contenido del acto y las razones de su desvinculación.

Concretamente en cuanto al tema de la ausencia de motivación para no ordenar el reintegro, dijo que el tribunal había explicado las razones por las que no era procedente ordenar su vinculación, basado en síntesis, en que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tenía una competencia residual frente a los asuntos que no hubieran sido asumidos por una entidad receptora a la que no se le hubiesen trasladado las funciones que desempeñaba el servidor público en la planta de personal del entonces DAS.

Respecto a la falta de reconocimiento de la Agencia como sucesor procesal del DAS, aclaró que en el expediente no figura objeción alguna que se hubiera presentado durante el trámite del proceso y que el actor esperó hasta este momento para evidenciarla, lo cual no resulta procedente a través de la presente acción de tutela.

5. Impugnación

El accionante impugnó la anterior decisión, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela, y señalando que con ocasión de la nulidad del acto de

retiro, debía darse un restablecimiento del derecho acorde con lo pretendido en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política, *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto"*.

Sin embargo, la acción, es subsidiaria a otras herramientas judiciales que permitan proteger los derechos fundamentales del tutelante, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el Tribunal Administrativo del Meta incurrió en un defecto por decisión sin motivación, en cuanto, pese a declarar la nulidad del acto de insubsistencia del actor, no dispuso el restablecimiento del derecho que consistía en el reintegro y el pago de salarios dejados de percibir desde su retiro hasta su reintegro efectivo.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales, como ha sido reconocido por la Corte Constitucional, entre otras, en la **sentencia C-590 de**

2005², y por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la **sentencia del 31 julio 31 de 2012**, que unificó su jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales³, y posteriormente, en la **sentencia de agosto 5 de 2014**⁴, en la que unificó su jurisprudencia sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las sentencias del mismo Consejo de Estado, y respecto de las condiciones o requisitos para su procedencia⁵.

En todo caso, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales **es excepcional**, de allí que la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos en la providencia, deba ser restrictiva, a la luz de los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso de amparo, y que se exija un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la providencia judicial objeto de la acción.

3. Análisis del caso concreto

Para la Sala, de conformidad con la jurisprudencia antes señalada, los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se cumplen, razón por la que se debe verificar si se vulneraron los derechos fundamentales alegados por la parte accionante.

² Sentencia en la que la Corte Constitucional precisó los *requisitos generales y especiales*, o eventos determinantes, de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 2009-01328-01(IJ). M.P. María Elizabeth García González. Según la providencia: “...*si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. [...]”.*

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de agosto 5 de 2014. Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁵ El Consejo de Estado, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, diferenció los siguientes dos requisitos o condiciones que debe acreditar el juez de tutela para que prospere el amparo:

En primer lugar, **son requisitos para que proceda el estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial**, los siguientes: *i)* deber del actor de precisar los hechos y las razones en que se fundamenta la acción, *ii)* deber del actor de cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción, al no contar o haber agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales en sede del juez natural, *iii)* cumplir con el requisito de inmediatez de la acción, *iv)* acreditar que el asunto es de evidente relevancia constitucional y, finalmente, *v)* que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En segundo lugar, al citar la sentencia C-590 de 2005, de la Corte Constitucional, indicó que **son requisitos o causales especiales, para que proceda la acción en el caso concreto**, que esta adolezca de alguno de los siguientes defectos: *i)* defecto orgánico, *ii)* defecto procedimental, *iii)* defecto fáctico, *iv)* defecto material o sustantivo, *v)* defecto por error inducido, *vi)* defecto por falta de motivación, *vii)* defecto por desconocimiento del precedente y *viii)* defecto por violación directa de la Constitución.

3.1. Defecto por ausencia de motivación

Una providencia está afectada por este defecto cuando los servidores judiciales incumplen su deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, puesto que es, en la motivación, en la que reposa la legitimidad de su órbita funcional.

En particular, en sentencia T-233 de 2007, la Corte Constitucional señaló que el defecto por decisión sin motivación *“es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”*.

3.1.1. Revisados los motivos que tuvo el tribunal, concretamente en relación con el restablecimiento del derecho, estos se concretaron en lo siguiente:

“Ahora bien, es importante destacar que el Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011, suprimió el DAS, y ordenó que el proceso debía concluir en un término no mayor a 2 años, contados a partir de la fecha de promulgación del mismo, esto es, hasta el 31 de octubre de 2013. Posteriormente, dicho plazo fue prorrogado por el Decreto 2404 de 2013, hasta el 27 de junio de 2014, y por último con el Decreto 1180 de esta misma fecha, amplió el plazo de supresión hasta el 11 de julio de 2014, fecha en la que se extinguió definitivamente la entidad en mención. Por último, se expidió el Decreto 1303, del 11 de julio de 2014, por medio del cual se reglamentó el Decreto 4057, donde se estableció que de acuerdo con el informe presentado por el Director del DAS a la fecha, se encuentran cumplidas las actividades señaladas en el Decreto 4057, por ende, se definen que entidades recibirán los

procesos judiciales que se encontraban a su cargo, así como otros propios aspectos del cierre definitivo.

Conforme a lo expuesto, se observa en el anexo No. 1 hoja nueve, que la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO recibió el asunto objeto de debate, por lo tanto, al asumir la representación en este proceso funge como sucesor procesal, y por consiguiente la condena se hará efectiva a través de esta. Sin embargo, no es posible ordenar el reintegro del actor, puesto que es claro que las funciones que desempeñaba el DAS, no le fueron asignadas a la entidad antes señalada, motivo por el cual no es posible su reincorporación" (subrayado fuera del texto) (fl. 196, expediente en préstamo).

De acuerdo con los argumentos que expone el tribunal, la Sala encuentra que estos no resultan suficientes para negar el restablecimiento del derecho, concretamente en relación con el reintegro del actor, consecuencia que se deriva de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia, con mayor razón cuando se trata de una persona que estaba en carrera administrativa especial del DAS.

No se considera un motivo suficiente el mencionar los decretos que regularon el proceso de supresión del DAS y la asunción de competencias de entidades como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pues esto es un panorama que permite evidenciar únicamente la delegación de competencias y la forma como serían asumidos los procesos por parte de la mencionada agencia, pero nada se dice respecto del estudio relacionado con la entidad donde eventualmente podría ser reintegrado o la forma de resarcir el restablecimiento del derecho del actor, por lo menos, de manera económica ante la imposibilidad de una reubicación laboral.

3.1.2. Al respecto, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso de similares supuestos fácticos, donde un ex detective del DAS igualmente inscrito en carrera especial, si bien obtuvo la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia, no fue posible su reintegro dadas las circunstancias de supresión definitiva del Departamento Administrativo de Seguridad.

En esa oportunidad, esta Sección⁶ consideró el punto relacionado con la imposibilidad del reintegro en casos como los ex servidores del DAS y concluyó lo siguiente:

“3.3. Imposibilidad de cumplir con la orden de reintegro

En casos como el que ocupa la atención de la Sala, en los que la entidad que tenía a cargo el cumplimiento de la orden judicial desaparece, corresponde al juez constitucional buscar alternativas de solución para que los derechos que fueron restablecidos con ocasión de la decisión ordinaria, sean satisfechos de algún modo y en ese sentido, se materialice el concepto de justicia.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido que dadas especiales circunstancias que hacen que una orden no pueda materialmente ser cumplida, se propongan formas alternas de cumplimiento al fallo judicial respectivo, que lleven a la satisfacción del derecho de acceso a la administración de justicia y además, con el ánimo de alcanzar la satisfacción material del derecho involucrado.

En palabras de la Corte, se ha dicho lo siguiente:

“[I]a explicación sobre el alcance y sentido del cumplimiento de los fallos judiciales, como parte del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, estaría incompleta si no se hace referencia a aquellos casos en que no se presentan los elementos fácticos o jurídicos necesarios para cumplir la orden original del fallo.

Debe aclararse que no se trata de eventos en que se avale el incumplimiento de la orden judicial proferida; por el contrario, con el ánimo de alcanzar la satisfacción material del derecho involucrado, por encima de obstáculos formales que en su ejecución se encuentren, se han previsto formas alternas de cumplimiento del fallo que busquen la satisfacción del derecho al acceso a la administración de justicia siempre que la obligación original se aprecie como de imposible realización.

⁶ Sentencia del 24 de septiembre de 2015. Expediente No. 2015-0152-01. Actor: Oscar Alonso Suárez Monsalve. M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Para estos casos, la Corte Constitucional ha exigido, en primer lugar, la necesidad de probar, por la parte accionada, de forma eficiente, clara y definitiva la imposibilidad física o jurídica de llevar a cabo la orden original; y, como segundo elemento configurador de la situación, ha previsto el empleo de vías alternas para la satisfacción de los intereses del titular del derecho protegido en el fallo judicial, las cuales permitan equiparar sus consecuencias al cumplimiento de la orden judicial original, llegando, de esta forma, a la satisfacción material del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”

[...]

Esto permite ampliar el margen de soluciones al juez de tutela, en aras de buscar la materialización de un derecho previamente establecido en una orden judicial pero de imposible ejecución o cumplimiento.

En este orden de ideas, es posible acudir a figuras que han sido adoptadas en el marco de restructuración del Estado, en las que primordialmente se ha buscado proteger a quienes en el curso de estos procesos se les afecta el legítimo derecho a la estabilidad laboral y se encuentran adscritas a una planta de personal, tales como medidas de carácter indemnizatorio que permitan resarcir de algún modo el impacto que esto genera.

Así en la sentencia C-370 de 1999, la Corte Constitucional recogió sus pronunciamientos al respecto, en los siguientes términos:

[...]

“El deber de indemnizar encuentra fundamento constitucional, en el hecho de que el empleado público de carrera administrativa “es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta. Por lo tanto, esos derechos no son inmunes al interés público pues el trabajador, como el resto del tríptico económico –del cual forma parte también la propiedad y la empresa- está afectado por una función social, lo cual no implica que la privación de tales derechos pueda llevarse a

efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público. De allí que, si fuese necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo 20 transitorio de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C.N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado.”⁷

De otra parte, dicho resarcimiento del daño encuentra también apoyo en el artículo 90 del estatuto superior, que conmina al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así las cosas, la indemnización que en la norma acusada se consagra no viola la Constitución, pues constituye un instrumento eficaz para resarcir el daño que el Estado le ocasiona al empleado público perteneciente a la carrera administrativa con ocasión de la supresión del cargo que venía desempeñando, sin interesar que esa decisión haya obedecido a claros fines de interés general o de mejoramiento del servicio.”

Es decir, que en los casos en los que no es posible cumplir con la orden de reintegro por supresión de la entidad estatal, debe garantizarse un medio de pago a modo de indemnización de perjuicios, como una forma de respeto a las garantías mínimas laborales, en condiciones de igualdad y equidad para cada trabajador o empleado.

Por tanto, la imposibilidad física y jurídica de cumplir con el mandato judicial, siempre debe estar acompañado de una alternativa que pueda equiparar el derecho al acceso a la administración de justicia de la persona perjudicada, siempre que se encuentre debidamente probado el impedimento para ejecutar en regla el reintegro o reubicación.

En ese sentido, quien alega la imposibilidad de cumplir el mandato debe: (i) demostrar que es inaplicable real y jurídicamente la obligación,

⁷ Sent. C-479/92 M.M.P.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, reiterada en C-104/94, C-527/94, C-96/95, C-522/95, entre otras.

pues no resulta razonable pretender la materialización de actos cuando sustancialmente no existe la entidad que los tenía a cargo; y (ii) que se subsuma la obligación en un subrogado pecuniario, a manera de indemnización de perjuicios.⁸

A efectos de determinar la forma y alcance de la compensación cuando no es posible cumplir con el reintegro, la Corte Constitucional mediante las sentencias de unificación SU- 556 de 2014 y SU- 054 de 2015, fijó los criterios indemnizatorios dependiendo de la naturaleza de la vinculación.

Tratándose de empleados en carrera señaló ha de recurrirse a las previsiones del artículo 44 de la Ley 909 de 2004; y para los empleados en calidad de provisionales, dijo ha de calcularse el resarcimiento por un período no inferior de seis meses⁹, ni superior a 24 meses de salario.

Al respecto señaló:

“En esta última aproximación, como modalidad alternativa de cuantificación de la indemnización, cabría plantear una en la que, para efectos de establecerla, se tome como referente el término máximo contemplado en la ley para la permanencia en provisionalidad en un cargo de carrera. En ese contexto, habría que asumir que a la persona no se le creó una vocación de permanencia indeterminada, sino temporal y excepcional, que es la que ha sido lesionada por la falta de motivación del acto. Otra posibilidad sería tomar el modelo por el que se ha optado en el derecho laboral privado, en el que, para la cuantificación del daño, se toma en cuenta el tiempo durante el cual la persona afectada permaneció en el empleo, en la medida en que tal circunstancia tiene una clara incidencia sobre la expectativa, tanto objetiva como subjetiva, de permanencia en el cargo.

En la primera de esas modalidades, es posible observar que a partir de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1222 de 1993, normas que han regulado el supuesto en

⁸ Al efecto se pueden consultar las sentencias T-512 de 2001, T-587 de 2008, T- 001 de 2010 y T- 216 de 2013, en las que se abordó el análisis sobre la compensación que debe otorgarse, cuando se imposibilita el cumplimiento del reintegro por supresión del cargo o de la entidad.

⁹ Dicho término obedece al señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, como el suficiente para que un empleo sea provisto con un nombramiento provisional previo hasta que se efectúe la respectiva nominación en carrera administrativa.

los últimos veinte años, es posible concluir que el término más largo de vinculación en provisionalidad a un cargo de carrera es de 6 meses. Así las cosas, la expectativa creada a este tipo de personas, y que se lesiona cuando se desvinculan por auto inmotivado, es aquella de permanecer seis meses vinculados al cargo.

Por lo anterior, lógicamente cabría señalar que, dado que la vinculación en provisionalidad tiene una limitación temporal, la indemnización por terminación sin motivación, debería proceder conforme al mismo criterio de temporalidad, lo que haría posible entender que el término legal de duración de la provisionalidad, marca la expectativa máxima de permanencia de una persona vinculada en esa modalidad. Así las cosas, en concordancia con los principios de reparación integral y equidad, para indemnizar la pérdida del cargo de carrera provisto en provisionalidad, sólo se tendría que pagar el salario de seis meses, el término máximo que según la ley pueden permanecer las personas vinculados al mismo, y por tanto el término durante el cual se les concede a éstas la protección legal.

3.6.3.12.2. La otra posibilidad a la que se ha hecho alusión parte de la consideración de que el legislador previamente ha tazado el lucro cesante que se causa por la pérdida del empleo. En el derecho privado, se establece la forma de indemnizar la pérdida sin justa causa del empleo por medio del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, en derecho administrativo, el legislador reguló la indemnización cuando un cargo de carrera es suprimido y no se reubica al funcionario, por medio de los dos párrafos del artículo 44 de la Ley 909 de 2004¹⁰. Ambas

¹⁰ "Artículo 44. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. // PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. // No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas. // Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. // PARÁGRAFO 2o. La tabla de indemnizaciones será la siguiente: // 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios. // 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) años: cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // 3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) años: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // 4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. // PARÁGRAFO 3o. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones."

indemnizaciones parten del tiempo durante el cual se ha prestado el servicio a una entidad, pues se ha considerado que el daño que se le causa a la expectativa de permanecer en un cargo es directamente proporcional al tiempo que se ha durado en el mismo.

[...]

3.6.13.4. 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.

3.6.13.5. 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.

3.6.13.6. 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.”

De esta forma, atendiendo a la naturaleza del vínculo laboral, se determinará la forma en que debe ordenarse la compensación o

indemnización cuando no es posible ejecutar el reintegro, pues en los casos de empleados en carrera administrativa podrá acudir a las tablas establecidas en la ley, para resarcirle los perjuicios ocasionados dado su status, mientras que para los empleados provisionales, lo será por el tiempo que debió durar en el cargo en la forma señalada.

Por lo demás, esta es la solución que plantea el inciso 8° del artículo 189 del CPACA¹¹, cuando el deudor no puede cumplir con la obligación de hacer, en este caso, la de reintegrarlo, por uno de los siguientes supuestos: i) porque la entidad desapareció, o ii) porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación.

Cabe anotar que una solución semejante, contemplaba el artículo 495 del CPC¹², y que hoy consagra el artículo 428 del CGP¹³, cuando no se ejecuta por el deudor una obligación de hacer, como lo sería para el caso el reintegro”.

3.1.3. Esto explica cómo al haberse suprimido el DAS, es imposible cumplir con ello ante la desaparición de la entidad mencionada, pero pese a ello es posible analizar una alternativa de solución en aras de no desconocer los derechos de quien fue retirado de manera ilegal.

¹¹ **ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA.** [...]

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, **cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria...**”.

¹² **ARTÍCULO 495. EJECUCIÓN POR PERJUICIOS.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 257 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:>

El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero.

Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo, deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior.

Si no se pidiere así y la obligación original no se cumpliera dentro del término señalado, se declarará terminado el proceso por auto que no admite apelación.

¹³ **ARTÍCULO 428. EJECUCIÓN POR PERJUICIOS.** El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero.

Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior.

Si no se pidiere así y la obligación original no se cumpliera dentro del término señalado, se declarará terminado el proceso por auto que no admite apelación.

Considera la Sala que en el presente asunto, por tratarse de una obligación de hacer y acreditados los supuestos que permiten concluir la imposibilidad material de ejecutar el reintegro del actor, la alternativa razonable conforme a los argumentos expuestos atrás, es el reconocimiento de una indemnización como forma de resarcir su derecho al reintegro, motivación que podría llegar a ser suficiente en aras de no desconocer el derecho que le asiste al señor Cendales Tafur.

Así las cosas, podría analizarse por el tribunal que el único mecanismo de resarcimiento existente para garantizar la protección del derecho de acceso a la administración de justicia del actor, es el de la compensación o indemnización como equivalencia, pues como se ha dicho, se está ante la imposibilidad jurídica de satisfacer la orden de reintegro impuesta por el juez contencioso administrativo.

Ello es así, teniendo en cuenta la tesis formuladas en las sentencias SU- 556 de 2014 y SU- 054 de 2015, por lo que al presente asunto ha de aplicarse lo dispuesto en los párrafos 1º y 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004¹⁴, relativo a la forma de indemnización de los empleados en carrera administrativa a los que no es posible garantizarles la continuidad en el empleo por supresión del cargo o liquidación de la entidad.

¹⁴ **Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo.** Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

Parágrafo 1º. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2º. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.
2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

Parágrafo 3º. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

Esta indemnización debe ser asumida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como organismo encargado de atender los procesos judiciales y todos los aspectos relacionados con el cierre del DAS, en la forma establecida en el Decreto 1303 de 2014.

Se advierte que esta indemnización que podría ser sugerida como motivación para el cumplimiento del restablecimiento del derecho, como ha quedado dicho, se causa por la imposibilidad material de cumplir la orden de reintegro en el extinto D.A.S., la cual es independiente de la indemnización que a título de restablecimiento del derecho pueda haberse ordenado por el juez natural.

3.1.4. Por lo expuesto, la Sala considera que debe revocarse la decisión de primera instancia y en su lugar, deberán ampararse los derechos invocados por el actor.

En consecuencia, se ordenará dejar sin efectos la sentencia del 2 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y el auto del 12 de mayo de 2015 que resolvió no aclarar ni adicionar la mencionada sentencia, únicamente en lo relacionado con la orden de reintegro del actor como restablecimiento del derecho. En su lugar, se ordenará que dentro de los veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, el mencionado tribunal proceda a emitir una nueva sentencia en las que sean tenidas en cuenta las consideraciones hechas en esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **REVÓCASE** la decisión impugnada, proferida el 7 de septiembre de 2015, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. En su lugar, **AMPÁRANSE** los derechos fundamentales invocados por el señor Johan Alexander Cendales Tafur, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. En consecuencia, **DÉJASE SIN EFECTOS** la sentencia del 2 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y el auto del 12 de mayo de 2015 que resolvió no aclarar ni adicionar la mencionada sentencia, únicamente en lo relacionado con la orden de reintegro del actor como restablecimiento del derecho. En su lugar, **ORDÉNASE** que dentro de los veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, el mencionado tribunal proceda a emitir una nueva decisión en las que sean tenidas en cuenta las consideraciones hechas en esta sentencia.

3. **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

4. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Aclaro voto

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

REPARACION IN NATURA - Tiene por objeto ubicar al sujeto en la situación en la que se encontraría si el acto administrativo no se hubiera expedido / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR EQUIVALENTE - Consiste en ordenar el pago de una indemnización para justamente resarcir el daño causado por el acto administrativo

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Radicación No. 1100103150002015-01870-01(AC)

Demandante: JOHAN ALEXANDER CENDALES TAFUR

Magistrado ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Con el respeto acostumbrado, me permito exponer las razones por las que aclaré el voto frente a la decisión de amparar el derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso.

La sentencia ordenó al Tribunal Administrativo del Meta que, al proferir la sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho del señor Johan Alexander Cendales Tafur contra el DAS, ordene la indemnización sustitutiva, por la imposibilidad de reintegrar al actor a la desaparecida entidad.

Si bien estuve de acuerdo con la decisión, a mi juicio, es importante hacer las siguientes precisiones en relación con el restablecimiento del derecho.

Como se sabe, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto que el juez declare la nulidad o invalide el acto administrativo que infringe normas de carácter superior y ordene que la administración indemnice el perjuicio que se hubiera causado.

Son dos las formas tradicionales para restablecer el derecho vulnerado por el acto administrativo ilegal: la reparación *in natura* y el restablecimiento por equivalente.

La reparación *in natura* tiene por objeto ubicar al sujeto en la situación en la que se encontraría si el acto administrativo no se hubiera expedido o por lo menos ubicarlo en una situación similar a la que se encontraba, esto es, como si el acto nunca se hubiere expedido. En cambio, el restablecimiento del derecho por equivalente consiste en ordenar el pago de una indemnización para justamente resarcir el daño causado por el acto administrativo. Es decir, consiste en la entrega de un equivalente pecuniario, que compense el daño causado.

En todo caso, surgen dificultades al momento de disponer el restablecimiento del derecho. El juez administrativo suele preferir el restablecimiento *in natura* para lograr ubicar al afectado en una situación similar a la que se encontraría si el acto no lo hubiera proferido la administración. Pero eso no siempre es posible y no siempre es la opción más recomendable, pues el perjuicio sufrido en el pasado no puede repararse más que con el restablecimiento por equivalente.

El restablecimiento *in natura* se ha convertido en una práctica usual en materia de derecho administrativo laboral. Por ejemplo, el juez después de declarar la nulidad del acto que declara insubsistente un nombramiento ordena el reintegro, a título de restablecimiento del derecho. Pero ocurre que esa práctica está generando algunas dificultades de tipo práctico para la administración, pues las cosas ya no se pueden restablecer al momento en que se dictó el acto que ordena el retiro del servicio, bien sea porque el cargo ya no existe o porque fue cubierto mediante concurso de méritos, en los casos de nombramientos provisionales, incluso

porque desapareció la entidad. En esos casos, el restablecimiento puede resultar demasiado oneroso, al punto que se ve notoriamente desproporcionado el reintegro como forma de reparar el perjuicio causado por el acto de retiro ilegal.

A raíz de esas dificultades, la indemnización por equivalente viene a convertirse en una forma adecuada y más práctica para restablecer el derecho en materia laboral, pues no siempre lo más aconsejable es el reintegro, sino el pago de una justa indemnización, que compense el perjuicio causado por el acto ilegal que desvincula al funcionario. Esto es, la indemnización por equivalente se ve más apropiada para reparar de manera eficiente y eficaz el daño causado por el acto ilegal de retiro del servicio.

La experiencia indica que si el empleado ocupaba un cargo de carrera administrativa, el reintegro será factible, aunque se mantiene la opción de la indemnización. En los empleados de libre nombramiento y remoción, la opción debe ser siempre la indemnización, mas nunca el reintegro. En los empleados de periodo, el reintegro será posible por el tiempo que falte para cumplirlo y si el periodo venció hay lugar a la indemnización por el tiempo que le faltaba cumplir. Y si el empleado ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, lo procedente es la indemnización que debe calcularse en consideración con el término máximo por el que la ley autoriza la provisionalidad.

Y aquí es importante decir lo siguiente: es cierto que el demandante es el primer llamado a identificar en la demanda la forma cómo espera que se restablezca el derecho que estima vulnerado por el acto de retiro, pero eso no impide que el juez delimite y fije la forma de restablecer el derecho. Eso tampoco implica que el juez desconozca el principio procesal de congruencia, que lo obliga a guardar coherencia y decidir conforme con lo pedido en la demanda.

Esas son las razones de la aclaración de voto.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha ut supra