



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., primero (1) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-02538-00
Demandante: LOURDES MARÍA DÍAZ MONSALVO
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,
SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A"

Temas: Tutela contra providencia judicial. Medio de control de nulidad electoral. Defecto por desconocimiento del precedente judicial, fáctico y sustantivo. Requisito general de la falta de relevancia constitucional

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la acción de tutela promovida por la señora Lourdes María Díaz Monsalvo, quien actúa en nombre propio, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en la que pide el amparo constitucional de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad, así como los principios del mérito y progresividad supuestamente vulnerados con la decisión de 29 de abril de 2021, por medio del cual se negaron las pretensiones del medio de control de nulidad electoral que instauró contra el artículo 156 del Decreto 718 de 2020, por medio del cual el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad al señor Óscar Alejandro Romero Falla en el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19 de la Procuraduría Regional de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 31 de julio de 2020, el Procurador General de la Nación expidió el Decreto 718 de 2020, por medio del cual nombró en provisionalidad al señor Óscar Alejandro Romero Falla en el cargo de Asesor, Código 1AS Grado 19, de la Procuraduría Regional de Antioquia.

La señora Lourdes María Díaz Monsalvo en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, presentó demanda contra la Procuraduría General de la Nación en la que solicitó la nulidad del nombramiento del señor Romero Falla, en razón a que este se realizó mediante acto administrativo sin motivación y con violación de las normas en que debería fundarse.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en fallo de única instancia de 29 de abril de 2021, negó las pretensiones de la demanda, toda vez que i) el cargo en el que fue nombrado al señor Romero Falla se encontraba en vacante temporalmente, lo que consideró válido en virtud del artículo 82 del Decreto 262 de 2000, ii) además que el artículo 187 del Decreto 262 de 2020 no impone la obligación de aplicar, en primer lugar, la figura del



encargo sobre la provisionalidad y, finalmente, iii) la parte actora no demostró que en ejercicio de la facultad discrecional el nominador expusiera razones de conveniencia y oportunidad que no respondieran al buen servicio.

Por último, el tribunal manifestó que *“se desestimará el argumento según el cual debe considerarse la aplicación de la sentencia C-753 de 2008 de la H. Corte Constitucional, según la cual el nombramiento en provisionalidad deberá justificarse mediante acto administrativo motivado en el que deberán exponerse ‘las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesaria la provisión del empleo bajo la modalidad de encargo o de nombramiento en provisionalidad.’ La razón para ello es el criterio de especialidad, señalado más arriba, según el cual debe preferirse la norma especial sobre la general. En particular, cabe señalar que la decisión de constitucionalidad se tomó con respecto al Decreto 091 de 2007, artículo 71, que regula el sistema especial de carrera del sector defensa”*.

2. Fundamentos de la acción

La accionante sostuvo que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, vulneró los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad, así como los principios del mérito y progresividad, con la decisión de negar las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad electoral tendientes a que se anulara el nombramiento del señor Óscar Alejandro Romero Falla.

Afirmó que *“[h]ay varios defectos en la sentencia, hay defecto por desconocer el precedente jurisprudencial vertical (Sentencia del Consejo de Estado), hay defecto fáctico frente a las pruebas no decretadas de oficio por el juez de nulidad electoral, y hay defecto sustantivo, frente a que se interpreta la norma sin tener en cuenta tratados internacionales”*.

Relató que la solicitud de amparo cumple con el requisito de la subsidiariedad, toda vez que contra la providencia objetada no procede recurso alguno, ni el recurso extraordinario de revisión. Adicionalmente, adujo que el asunto goza de relevancia constitucional, pues no versa sobre un derecho económico, legal o reglamentario. Igualmente, manifestó que se cumple con los requisitos de inmediatez, se identificó de manera razonable los hechos y no se interpone contra una decisión dictada en el trámite de este mismo mecanismo constitucional.

Sostuvo que en la providencia objeto de reproche constitucional se presentó una confusión entre lo solicitado en la demanda y lo resuelto en la sentencia, además que se confundió el principio del mérito y el régimen de carrera administrativa.

Indicó que *“[p]ara este caso particular, es importante destacar que las causales de nulidad son la falta de motivación y la infracción de las normas en que debería fundarse, estas son: no regresión en derechos, principio de progresividad de las garantías sociales y demás planteamientos del Bloque de Constitucionalidad, además de los principios generales de la carrera administrativa y el mérito como criterio para el ingreso y ascenso. Como se indicó al inicio de este escrito, no se está debatiendo qué ley es aplicable, sino el reconocimiento de los avances y del principio de progresividad”*.

Resaltó que *“acá lo debatido son los motivos que sustentan el nombramiento y la estructura clientelista que ha regido el país: no se sabe cuál es el proceso de selección de personal para ingresar de manera “provisional” a la Procuraduría General de la Nación, ni se tiene un conocimiento de cuál es la ponderación que*



se hace cuando eligen al externo y no a alguien de carrera; de hecho, no se sabe qué es “razones del servicio”.

Sostuvo que en la sentencia cuestionada no se explica cuál es el margen con el que el tribunal determinó las razones de conveniencia y oportunidad en el acto administrativo de nombramiento.

La accionante manifestó que *“para los nombramientos al interior de la Procuraduría General de la Nación, a veces se mueven intereses que nada tiene que ver con la función de la Entidad”,* para lo cual menciona la *“sentencia del Consejo de Estado, Radicación número: 25000-23-25-2009-00638-01 (0224-13)”*.

Afirmó que en la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional enumeró los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucional, y *“teniendo en cuenta que el clientelismo para repartir los cargos estatales sería una afectación general a todo el Estado Social de Derecho”,* razón por la que considera que se debe declarar esta situación.

Señaló que la autoridad judicial accionada desconoció el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“Protocolo de San Salvador”,* relacionado con las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo por el hecho de no haberse nombrado alguien de carrera en encargo, y no alguien externo en provisionalidad.

Finalmente, manifestó que se vulnera el principio del mérito, al permitir el ingreso de personal externo cuando hay personal en carrera administrativa que cumple con los requisitos del cargo que se nombró en provisionalidad.

3. Pretensiones

La accionante formuló las siguientes:

- “1. Se haga verificación de la sentencia y el proceso de nulidad electoral llevado a cabo en el proceso de la referencia.*
- 2. Que se verifiquen los tratados internacionales vigente en cuanto a garantías sociales.*
- 3. Que se evalúe realmente toda la afectación que ese acto administrativo crea, tanto a la sociedad, como al Estado de Derecho”.*

4. Pruebas relevantes

Mediante correo electrónico de 22 de mayo de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, allegó copia digital del expediente que contiene el medio de control de nulidad electoral radicado bajo el N° 25000-23-41-000-2021-00148-00.

5. Trámite procesal

Por auto de 18 de mayo de 2021, el despacho de la Magistrada Sustanciadora admitió la demanda de tutela y ordenó notificar a la autoridad judicial demandada, así como a la Procuraduría General de la Nación y al señor Óscar Alejandro Romero Falla, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 10 de octubre de 2013, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



La Secretaría General de esta Corporación libró los oficios 42700 a 42703 de 20 de mayo de 2021, con el fin de darle cumplimiento a la referida decisión².

6. Oposición

6.1. Respuesta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”

En escrito de 24 de mayo de 2021, el magistrado ponente pidió que se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que no se cumple con las exigencias generales, entre esas, la relevancia constitucional, ni con las específicas para su procedencia contra providencias judiciales.

Afirmó que el accionante no indicó con respecto a cuál o cuáles derechos fundamentales pretende invocar el amparo y, por ende, cuáles de ellos considera vulnerados con la expedición de la sentencia de 29 de abril de 2021.

Sostuvo que los argumentos expuestos en la acción de tutela también fueron referidos en la audiencia inicial por el Magistrado sustanciador, al momento de la fijación del litigio, y la parte demandante estuvo de acuerdo con su inclusión en dicha fijación, razón por la cual a eso se refirió el tribunal al resolver sobre el fondo de la controversia.

Resaltó que debe desestimarse el argumento relacionado con el “*precedente jurisprudencial del Consejo de Estado*”, pues ningún precedente fue indicado en el escrito de tutela y tampoco señaló cuál es el precedente que pide aplicar y que no se habría tenido en cuenta al dictar la sentencia de 29 de abril de 2021.

Refirió que no decretó pruebas de oficio, lo que reprocha la actora, sin embargo, en la audiencia inicial se incorporaron formalmente al proceso los medios de prueba documentales allegados por las partes, decisión que se notificó en estrados, sin que las partes presentaran oposición alguna.

Señaló que, en cuanto al argumento de la accionante relacionado con “*la Sala cree que el principio de mérito se reduce a régimen de carrera administrativa, por eso cita el régimen del sector defensa.*”, es inexacto.

Indicó que en la sentencia atacada no se refirió al régimen del sector defensa, a lo que agregó que citó como fundamento de la decisión la norma especial de la Procuraduría General de la Nación, para aclarar a la parte actora que no podía aplicarse el régimen general de la Ley 909 de 2004.

A partir de allí, la Sala se ocupó de resolver, en concreto, sobre la competencia del Procurador General de la Nación para realizar nombramientos en provisionalidad, pero en ningún momento se afirmó que el principio del mérito se reduce al régimen de la carrera administrativa, tampoco se adujo lo contrario.

Finalmente, manifestó que la accionante no acreditó la existencia de un defecto sustantivo, orgánico o procedimental, tampoco la ocurrencia de un defecto fáctico, un error inducido o una decisión sin motivación, ni que se hubiera desconocido un precedente, o que se haya incurrido en violación directa la Constitución.

² El accionante, la autoridad judicial demandada y los terceros interesados fueron notificados a las siguientes direcciones de correo electrónico:

lourdes.diaz.monsalvo@gmail.com,

scregtadmconj@cenodoj.ramajudicial.gov.co;

tutelasnacionales@defensajuridica.gov.co;

ldiazm@procuraduria.gov.co y osromero@procuraduria.gov.co.

scsec01tadmindm@cenodoj.ramajudicial.gov.co;

memorialessec01tadmconj@cenodoj.ramajudicial.gov.co;

procesosjudiciales@procuraduria.gov.co;

tutelas@procuraduria.gov.co;



6.2. Respuesta de la Procuraduría General de la Nación

En escrito de 27 de mayo de 2021, el abogado adscrito a la Oficina Jurídica pidió que se declarara la improcedencia de la acción de tutela o, en su defecto, se denieguen las pretensiones.

Afirmó que la accionante no probó de manera alguna la existencia de un perjuicio irremediable, ni de una amenaza concreta y fehaciente que afectara de manera personal un derecho fundamental y que hiciera procedente la acción de tutela de manera transitoria.

Indicó que la Corte Constitucional declaró constitucional varias disposiciones relacionadas con los nombramientos en provisionalidad de cargos vacantes de la Procuraduría General de la Nación, pues no desconocieron el principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos de los empleados de carrera.

Por último, señaló que la posibilidad de efectuar nombramientos en cargos de carrera sin previo concurso de méritos no es incompatible con la Carta Política, siempre que a ella se acuda, no como mecanismo para eludir la obligación de proveer los cargos mediante procesos de selección objetivos e igualitarios, sino como medida para asegurar la continuidad de la función pública.

6.3. Respuesta del señor Óscar Alejandro Romero Falla

En escrito de 27 de mayo de 2021, a través de apoderado judicial, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, con sustento en lo siguiente:

Sostuvo en la sentencia atacada no hubo confusión entre lo solicitado en la demanda y lo resuelto, pues en la audiencia inicial se fijó el litigio y la accionante no se opuso ni mostró algún desacuerdo.

Indicó que si bien no se decretaron pruebas de oficio, fue porque el proceso de nulidad electoral no lo ameritaba, pues se trataba de asuntos de puro derecho, por lo que la actora no puede pretender utilizar la acción de tutela para revivir oportunidades precluidas.

Finalmente, resaltó que la accionante no expuso ni probó cuáles eran los derechos fundamentales que se le habrían vulnerado, a lo que agregó que tampoco demostró que se le hubiera causado algún perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 13 del reglamento interno (Acuerdo 080 de 2019), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

2. Delimitación del debate y planteamiento del problema jurídico

2.1. Del escrito de tutela se observa que la demandante alega que la autoridad judicial accionada no resolvió los alegatos expuestos en la demanda de nulidad electoral, sino que se refirió a otros asuntos diferentes, respecto a lo cual la accionante contaba con un mecanismo idóneo como la adición de la sentencia prevista en el artículo 287 del Código General del Proceso, por lo que la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a dicho cargo.



2.2. Le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, vulneró los derechos fundamentales de la accionante de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad, así como los principios del mérito y progresividad, con ocasión de la sentencia de 29 de abril de 2021, en la que supuestamente se incurrió en i) **desconocimiento del precedente judicial**, al no tener en cuenta la sentencia de 13 de octubre de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, ii) **defecto fáctico**, toda vez que el tribunal demandado no solicitó pruebas de oficio y iii) **defecto sustantivo**, pues se interpretó las normas que regulaban el caso sin tener en cuenta el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “*Protocolo de San Salvador*”.

De manera previa, atendiendo que en el escrito de contestación de la acción de tutela, la autoridad judicial accionada puso de presente la falta de los requisitos generales como la relevancia constitucional, la Sala verificará el cumplimiento del mencionado requisito.

3. El presupuesto de la relevancia constitucional

Esta condición de procedencia precisada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el marco de las acciones de tutela contra providencias judiciales, tiene por finalidad “(i) *proteger la autonomía e independencia judicial y (ii) evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones*”³.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de reglas dirigidas a definir cuándo un asunto presenta relevancia constitucional, partiendo del hecho que de la actuación objeto de reproche constitucional se advierta una posible vulneración a los derechos y deberes constitucionales. Así, por ejemplo, en la sentencia T-310 de 2005⁴, la Corte indicó que cuando se acuda al mecanismo de amparo constitucional para cuestionar la legalidad de un acto administrativo, sin que se encuentre de por medio la violación de derechos fundamentales se estaría frente a un asunto que carece de relevancia constitucional que conlleva la improcedencia de la tutela.

En el mismo sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado partiendo de los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 sobre la procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales, fijó las condiciones que corresponde verificar al juez de tutela para determinar si la acción de tutela cumple o no con el requisito de relevancia constitucional⁵.

Al respecto, estableció que este requisito tiene una doble connotación, como criterio de selección en sede de revisión de la Corte Constitucional y como requisito de procedencia de la acción de tutela que busca evitar que el trámite de la acción de amparo se convierta en una instancia adicional.

Esta Sala⁶, de conformidad con lo anterior ha precisado que este requisito de procedencia exige la verificación de los siguientes elementos:

- i. **Que el asunto objeto de estudio realmente involucre la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.** En principio, la acción de tutela no puede utilizarse para plantear situaciones inexistentes o para discutir

³ Sección Cuarta, sentencia del 8 de febrero de 2018. Expediente 2017-01745-01 M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁴ Corte Constitucional M.P. Jaime Córdoba Triviño. Reiterada en sentencia T-136 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵ la Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia del 5 de agosto de 2014. Expediente 2012-02201-01.

⁶ Expediente 2020-05131-00, M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez.



asuntos eminentemente económicos o de mera legalidad, pues ese tipo de discusiones se alejan del objeto de la acción de tutela.

- ii. **Que el interesado argumente de manera suficiente y razonable la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales.** Debe tenerse en cuenta, para el efecto, que «*no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*». Es necesario que el interesado exponga de manera clara las razones por las que considera que la providencia judicial amenaza o vulnera los derechos fundamentales.
- iii. **Que los argumentos de la solicitud de amparo se acompasen con las razones de la decisión objeto de tutela.** La discusión propuesta en la demanda de tutela debe referirse a las razones fundamentales de la decisión cuestionada, deben tener relación con la *ratio decidendi*. De modo que pueda abordarse el estudio con una expectativa de incidencia en el sentido de la propia decisión cuestionada.
- iv. **Que no se propongan nuevos argumentos que no fueron expuestos en el proceso ordinario.** La acción de tutela contra providencias judiciales no está concebida como un mecanismo que permita a las partes adicionar, completar o modificar los argumentos que dejaron de plantearse o proponerse ante el juez natural.
- v. **Que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia acusada.** Por más informal que sea la tutela, y aunque sus objetivos sean la salvaguarda de derechos fundamentales, el interesado está en la obligación de interponer la demanda con serios y fuertes argumentos para derribar las decisiones de los jueces, que se dictan previo agotamiento de los procedimientos reglados y conforme con una sólida razonabilidad. Es decir, no se trata de controvertir las decisiones de los jueces como si fuera una instancia adicional del proceso ordinario. Justamente por eso no se debe insistir en los argumentos que se ofrecieron en el proceso ordinario, pues ya fueron decididos por los jueces competentes.

Los referidos parámetros, se constituyen en una guía orientadora para verificar si en cada caso concreto se cumple esta condición de aplicación, condiciones que, en últimas, buscan preservar el valor de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la autonomía judicial.

4. Estudio y solución del caso concreto

4.1. La accionante afirma que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, vulneró sus derechos fundamentales “*por desconocer el precedente jurisprudencial vertical (Sentencia del Consejo de Estado), hay defecto fáctico frente a las pruebas no decretadas de oficio por el juez de nulidad electoral, y hay defecto sustantivo, frente a que se interpreta la norma sin tener en cuenta tratados internacionales*”.

La autoridad judicial accionada en sentencia de 29 de abril de 2021, al resolver las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, en única instancia, negó las pretensiones formuladas con el propósito de declarar la nulidad del nombramiento del señor Óscar Alejandro Romero Falla en el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19 de la Procuraduría Regional de Antioquia, con sustento en lo siguiente:



“De acuerdo con las normas transcritas, el Tribunal destaca que corresponde analizar la controversia a la luz del Decreto Ley 262 de 2000, Régimen de Carrera de la Procuraduría General de la Nación, debido a su naturaleza especial.

Conforme lo precisó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-005 de 1996, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 establece que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

Esto significa que no hay lugar a aplicar lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, a menos que se presente un vacío normativo, puesto que esta tiene un carácter general en la regulación de la carrera administrativa.

En cuanto hace a la clase de nombramientos y a la manera de efectuarlos, no existe un vacío normativo en el régimen de la Procuraduría General de la Nación, que justifique la invocación de la norma de carácter general, Ley 909 de 2004.

Se advierte por la Sala que según el artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000, el Procurador General de la Nación puede realizar nombramientos en provisionalidad para proveer empleos de carrera temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

No existe discusión entre las partes, pues así lo afirman en sus escritos la demandante y los demandados, que el empleo de carrera de Asesor, Código 1AS Grado 19 de la Procuraduría Regional de Antioquia, se encontraba vacante en forma temporal.

En este sentido, conforme lo dispone el artículo 187 del Decreto Ley 262 de 2000, los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

Cabe señalar que conforme a la sentencia C-077 de 2004 de la Corte Constitucional, la norma anterior fue declarada exequible.

“(…) con un criterio racional y práctico se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera. (Destacado por el Tribunal).

La norma que se invoca como violada, consagra una facultad discrecional del nominador, lo que implica que puede optar por cualquiera de las dos posibilidades que establece: nombrar en encargo a un empleado de carrera o realizar el nombramiento en provisionalidad en persona distinta a un empleado de carrera, siempre que cumpla con los requisitos del empleo.

El ejercicio de una facultad discrecional, a diferencia de la reglada, en la que hay una predeterminación de la decisión que corresponde adoptar a la administración, implica la existencia de un margen para determinar las razones de conveniencia y oportunidad, orientadas a la protección del interés público, para adoptar la decisión correspondiente.

El artículo 187 del Decreto Ley 262 de 2000, no impone la obligación al nominador de agotar primero la figura del encargo y, posteriormente, el nombramiento en provisionalidad; da la facultad al nominador de elegir entre una y otra modalidad de provisión del empleo.

No se trata de una facultad absoluta, porque como lo señaló la H. Corte Constitucional, en la sentencia ya referida, el artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000 dispuso que nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.

“Así mismo, la afirmación del demandante en el sentido de que el nombramiento en provisionalidad posibilita que la autoridad nominadora designe a personas que no cumplen los requisitos legales para el ejercicio del cargo de carrera respectivo, no es exacta, pues el párrafo del Art. 82 del Decreto ley 262 de 2000, que no forma parte de las expresiones acusadas, estatuye que “nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y



legales exigidos”, disposición ésta que es reiterada expresamente en los apartes demandados del Art. 185 de dicho decreto“.

En dicho contexto, esto es, el del ejercicio de una facultad discrecional le corresponde a quien impugna el acto administrativo acreditar que esas razones de conveniencia y oportunidad no estuvieron encaminadas al buen servicio, sino que con ellas se perseguía amparar propósitos desviados del fin para el cual fueron estatuidas, con falsa motivación o por incurrir en cualquier otra de las causales previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 o en las que resulten aplicables del artículo 275 de la misma ley.

Tampoco es una facultad que se confiere al Procurador General de la Nación de manera indefinida.

Tiene como propósito asegurar la continuidad en la prestación del servicio a través del nombramiento en encargo o del nombramiento en provisionalidad, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo, es decir, se trata de una situación transitoria, limitada en el tiempo (artículo 187, inciso 1, Decreto Ley 262 de 2000).

En cuanto al argumento relacionado con la falta de motivación del acto acusado, el Tribunal estima que la misma se encuentra en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, que establece: “Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.” (Destacado por el Tribunal).

En tal sentido, el acto de nombramiento de Oscar Alejandro Romero Falla, encuentra su motivación en la norma que permite efectuar su nombramiento; razón por la cual se entiende que son razones del servicio las que llevaron a disponer el nombramiento en provisionalidad, en lugar del nombramiento en encargo en un empleado de carrera.

En consecuencia, correspondía a la impugnante del acto administrativo de que se trata, cuestionar la validez de esas razones del servicio en relación con el nombramiento de Oscar Alejandro Romero Falla, como se indicó más arriba, porque se hubiese incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 o en las aplicables del artículo 275 de la misma norma.

Así mismo, se desestimará el argumento según el cual debe considerarse la aplicación de la sentencia C-753 de 2008 de la H. Corte Constitucional, según la cual el nombramiento en provisionalidad deberá justificarse mediante acto administrativo motivado en el que deberán exponerse “las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesaria la provisión del empleo bajo la modalidad de encargo o de nombramiento en provisionalidad.”.

La razón para ello es el criterio de especialidad, señalado más arriba, según el cual debe preferirse la norma especial sobre la general. En particular, cabe señalar que la decisión de constitucionalidad se tomó con respecto al Decreto 091 de 2007, artículo 71, que regula el sistema especial de carrera del sector defensa”.

De conformidad con lo anterior, el tribunal accionado consideró que el Procurador General de la Nación estaba habilitado para nombrar a alguien externo a la planta de personal de carrera administrativa, en razón a que el cargo no se encontraba en vacancia definitiva sino temporal, razón por la cual decidió nombrar en provisionalidad al señor Romero Falla, además que la parte interesada no cumplió con la carga de desvirtuar que en virtud de la facultad discrecional que ejerció el nominador no se cumplió con el mejoramiento o el buen servicio, y que esas razones de conveniencia y oportunidad perseguían propósitos desviados, con falsa motivación o por configurarse alguna otra de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

4.2. A juicio de la Sala, los reparos formulados por la parte demandante, en los términos indicados en los fundamentos de la acción, no cuestionan realmente la razón del fallo objeto de tutela, solo se limitan de manera general a indicar que desconoció el precedente judicial vertical, sin precisar la regla jurisprudencial que era aplicable, que incurrió en defecto fáctico porque no decretó pruebas de oficio,



sin especificar respecto de qué asunto se requería esclarecer algún hecho objeto de la controversia, y en relación con el defecto sustantivo señaló que no se tuvieron en cuenta tratados internacionales, solo mencionó el artículo 7 del Pacto de San Salvador, sin especificar de qué manera hubiera podido cambiar el sentido de la decisión aplicando esa disposición. En otros términos, la actora no cuestionó la razón de la decisión emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, con razones mínimas consistentes que permitan abordar la discusión propuesta de fondo.

Si bien es cierto que la acción de tutela se rige por el principio de la informalidad (Decreto 2591 de 1991 art. 14), cuando se cuestionan providencias judiciales, aun cuando sean de única instancia, la jurisprudencia de esta Corporación⁷ y de la Corte Constitucional⁸, han exigido unos parámetros mínimos, siendo uno de ellos que se proponga un genuino debate de relevancia superior, y que realmente se cuestione el fundamento de la decisión, lo que se echa de menos en esta oportunidad, a lo que se debe agregar que cuando se trata de solicitudes que se orientan a proponer inconformidades subjetivas con una decisión, este mecanismo de protección constitucional se torna improcedente.

Esta consideración se deriva del hecho de que al cuestionarse decisiones judiciales, *prima facie* se deben privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial y la cosa juzgada, teniendo en cuenta que ha sido el juez de la causa en un riguroso estudio normativo y probatorio, quien ha decidido la controversia propuesta, ámbito que, en principio, está vedado para el juez constitucional.

Así las cosas, en tanto la solicitud no cumple con el requisito de la relevancia constitucional, la Sala declarará la improcedencia de la acción de tutela.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la señora Lourdes María Díaz Monsalvo contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

Segundo.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- PUBLÍQUESE esta providencia en la página web del Consejo de Estado.

Cuarto.- En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 2 de mayo de 2013, Exp.: 11001-03-15-000-2013-00509-00, C.P.: Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 6 de agosto de 2020, Exp.: 11001-03-15-000-2020-01755-00; Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección “C”, sentencia de 21 de marzo de 2019, Exp.: 25000-23-36-000-2019-00003-01, C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 24 de octubre de 2020, Exp.: 11001-03-15-000-2020-01755-01, C.P.: Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2021, Exp.: 11001-03-15-000-2021-00903-01, C.P.: Rocio Araújo Oñate.

⁸ Sentencia SU-573 de 2019, M.P.: Carlos Bernal Pulido.



Radicado: 11001-03-15-000-2021-02538-00
Demandante: Lourdes María Díaz Monsalvo

eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Consejera

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero