



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL  
CIRCUITO DE IBAGUÉ – TOLIMA**

<b>TEMA:</b>	INSUBSISTENCIA
<b>RADICACIÓN:</b>	73001-33-33-005-2013-00314
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE:</b>	MARIELA AMPARO ROA CRUZ
<b>DEMANDADO</b>	MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA
<b>ASUNTO:</b>	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Procede el Despacho a resolver el presente medio de control de nulidad<sup>1</sup> y restablecimiento del derecho formulado por la señora **MARIELA AMPARO ROA CRUZ** contra el **MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA**, mediante el cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

### 1. PRETENSIONES.

**PRIMERO:** Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 0230 del 20 de septiembre y 0262 del 19 de octubre ambas proferidas por el Municipio de San Antonio Tolima en el año 2012.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro de la actora Mariela Amparo Roa Cruz al cargo de auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 407, Grado 02 adscrito a la Secretaria Municipal de Planeación de la citada localidad o a otro cargo similar o de mejor categoría.

**TERCERO:** Si al momento del fallo, el cargo que ocupaba la accionante se encuentra suprimido o no exista en dicha entidad uno de la misma naturaleza y categoría, se fije una indemnización compensatoria.

**CUARTO:** Se reconozcan a la demandante el pago de las sumas que resulten por concepto de salarios, primas, reconocimientos, bonificaciones subsidios, vacaciones etc.

**QUINTO:** Se declare que no ha existido solución de continuidad en el empleo.

**SEXTO:** Condenar en costas a la demandada.

**SEPTIMO:** Condenar a intereses moratorios.

**OCTAVO:** Reconocer el ajuste de dichas sumas al IPC.

**NOVENO:** Condenar a la demandada a pagar perjuicios morales.

El anterior petitum lo fundamenta el apoderado de la demandante en los siguientes,

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 6 de agosto de 2012, Radicado No. 11001-03-15-000-2012-01063-00 (AC) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

## 2. HECHOS

**PRIMERO:** La actora fue nombrada en el cargo de Auxiliar Administrativa, Nivel A, Código 550, Grado 01, adscrito a la Secretaría de Planeación del municipio de San Antonio Departamento del Tolima, según Decreto No. 029 del 15 de marzo de 2004, del cual tomó posesión el 16 de marzo de 2004.

**SEGUNDO:** En virtud de las modificaciones a la planta de personal que fueron autorizadas por el Concejo Municipal de San Antonio Tolima, la demandante se posesionó como Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 407, Grado 02, adscrito a la Secretaría de Planeación, conforme la Resolución No. 611 del 28 de febrero de 2009.

**TERCERO:** Por cuenta de la nueva administración local la actora fue objeto de presiones indebidas para renunciar, empero como no lo hizo, mediante Resolución No. 0230 del 20 de septiembre de 2012 signada por el señor Alcalde Luis Fernando Rincón Roa, fue declarada insubsistente en el empleo.

**CUARTO:** Se indica en el referido acto administrativo que a raíz de que el término de la provisionalidad había sido superado, a su vez en la declaratoria de desierto del concurso de la CNSC y a la Jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto autoriza la declaratoria de insubsistencia de los empleos en provisionalidad, fueron las razones para declarar la insubsistencia de la actora.

**QUINTO:** Contra esa determinación de la administración, la interesada interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, la cual fue negada mediante Resolución No. 0262 del 19 de octubre de 2012.

**SEXTO:** En esta última decisión el municipio solo reprodujo los mismos argumentos expuestos, sin motivar porque no es de recibo lo alegado por la actora.

**SEPTIMO:** Luego de la desvinculación de la demandante, la administración dejó vacante el cargo que esta desempeñaba en desmedro del servicio público, para después ocuparlo con personal que no reunía los requisitos establecidos en el manual de funciones (FIs. 78-82).

## 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

**3.1. CARGO GENERAL POR FALSA MOTIVACION:** Empieza por señalar que la reestructuración de la planta de personal en el municipio de San Antonio mediante los Decretos 077, 078, 079, 080 de 2009 y las Resoluciones 610 y 611 del mismo año, en nada inciden en la insubsistencia de la actora, como tampoco que se haya superado el termino de que trata la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004 para dar por terminado el nombramiento provisional.

Así mismo, afirma que declarado desierto el concurso de la CNSC frente al empleo, la administración nunca solicitó autorización previa a esa entidad para nombrar en provisionalidad a las personas que ocuparon dicho empleo con posterioridad, conforme lo ordena el artículo 1º del Decreto No. 4968 de 2007 por el cual se modifica el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005.

Paso seguido, expuso que el precedente citado en la resolución de insubsistencia, fue revaluado por el Consejo de Estado a partir del fallo del 23 de septiembre de 2010, expediente 0883-08, de ahí que no es una facultad discrecional el retiro de los provisionales, todo lo contrario, el retiro de empleos de carrera que pueden ser provistos por nombramientos en provisionalidad es reglada al tenor de lo previsto en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

Y, finalmente, tanto la vacancia injustificada del cargo como el nombramiento posterior de un servidor que no se aviene al cumplimiento de los requisitos establecidos en el manual de funciones, conlleva no solo desmejora en el servicio sino que además viola flagrantemente la ley 190 de 1995, pues es deber de las autoridades designar personas que cumplan los requisitos preestablecidos para el empleo.

**3.2. ABUSO DE PODER POR ABYECTOS MOVILES POLITICOS:** La insubsistencia de la demandante obedeció a la incomodidad que le ofrecía al nuevo burgomaestre, ya que no era de su simpatía política. Ahora, si bien la insubsistencia se produjo en el mes de septiembre de 2012 las presiones para que renunciara al cargo empezaron a sentirse desde el mismo 01 de enero de esa anualidad en que inició el nuevo periodo constitucional de alcaldes. Termina su intervención señalando que no se valoró que en la hoja de vida de la accionante no obran llamados de atención y su formación académica es superior a la nombrada en su lugar (Fls. 83-97).

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La entidad demandada por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a su prosperidad. Aceptó unos hechos (1,2,3,4,7 y 8), y negó los restantes. Para tal efecto, formuló las siguientes excepciones de mérito que denominó: "CUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS JURISPRUDENCIALES PARA LA DESVINCULACION DE UN EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD"; "INEXISTENCIA DE DESMEJORA EN EL SERVICIO COMO CONSECUENCIA DE LA INSUBSISTENCIA"; e "INEXISTENCIA DE ABUSO O DESVIACION DE PODER EN EL CONTENIDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE INSUBSISTENCIA" (Fls. 239-250).

#### **5. ACTUACIÓN PROCESAL.**

La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante proveído calendado el 21 de junio de 2012 (Fls. 106-108) y aceptada su reforma con posterioridad según auto del 23 de septiembre de 2014 (Fl. 260).

La entidad demandada como se referenció antes, contestó la demanda oportunamente oponiéndose a su prosperidad. Mediante providencia del 12 de diciembre de 2014 se dispuso vincular al proceso a la persona que en la actualidad ocupaba el cargo que desempeñaba la actora cuando fue declarada insubsistente (Fl. 263). Notificada esta última de manera personal, guardó silencio (Fls. 270-271).

En virtud del Acuerdo No. PSATA15-089 del 8 de julio de 2015 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, el presente proceso fue remitido al Juzgado Segundo Oral Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué (hoy Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Ibagué), quien avocó su conocimiento el 2 de diciembre de 2015 (Fls. 272, 274).

A continuación, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la que efectivamente se adelantó el 3 de febrero de 2016, con la presencia de las partes convocadas y sus respectivos apoderados, allí también se decretaron las pruebas solicitadas por ambas partes (Fls. 283-288).

Superada la etapa probatoria, se concedió la oportunidad para alegar, derecho que fue utilizado por las mismas para ratificar los argumentos de la demanda como los de la contestación (Fls. 348 y 351-376). En ese mismo término el agente del ministerio público

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

(Procurador Judicial I-201 Administrativo) conceptuó que le asiste razón a la demandante, por lo cual debe ordenarse su reintegro al cargo que venía desempeñando, con la consecuente cancelación de todas las prestaciones dejadas de devengar (Fls. 349 y 350).

## 6. CONSIDERACIONES

### 6.1. EXCEPCIONES DE MERITO

En consideración a que las excepciones propuestas en el presente asunto denominadas (i) *Cumplimiento de las exigencias jurisprudenciales para la desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad*; (ii) *Inexistencia de desmejora en el servicio como consecuencia de la insubsistencia*” y (iii) *Inexistencia de abuso o desviación de poder en el contenido de los actos administrativos de insubsistencia*, tiene relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

### 6.2.- PROBLEMA JURÍDICO

Conforme fue abordado en la audiencia inicial, corresponde a esta Judicatura establecer si resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo de insubsistencia y en consecuencia ordenar el reintegro de la señora Mariela Amparo Roa Cruz al cargo que venía desempeñando o a otro de similar o de mejor categoría, aparejado al pago de los salarios y demás prestaciones dejados de percibir desde su retiro del servicio.

### 6.3.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Inicialmente, cumple destacar que los preceptos 123 y 125 de la Carta Superior son enfáticos en determinar que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Justamente, señalan las normas citadas:

“**ARTICULO 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

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

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

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

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

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

"En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)".

También, el mismo ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de proveer cargos de carrera a través de nombramiento de provisionales en esos eventos en los que se presentan vacancias definitivas o temporales, hasta la asignación en propiedad del cargo o hasta el momento en que cese la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Sobre el particular, el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, que reglamentó la Ley 909 de 2004 de carrera administrativa, indicó:

**"Artículo 9.** De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron".

Respecto al retiro de empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa, el artículo 41 de la ley 909 de 2004 dispuso:

**"ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) (...)
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(...).

**PARÁGRAFO 2o.** Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005<sup>2</sup>, determinó respecto a la desvinculación de los provisionales, lo siguiente: “Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”, normatividad que fue modificada mediante Decreto 3820 de 2005, en la cual se dispuso que la prórroga de la provisionalidad y el encargo se hará hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, reformado a su vez por los Decretos 1937 de 2007 y 4968 de 2007, mediante los cuales se amplió la prórroga y le asignó a esa entidad resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, fijando un procedimiento para ello.

Conforme a todo lo anterior, tratándose de empleos de carrera administrativa, independientemente de la forma de vinculación, el legislador patrio quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto motivado, de manera que el nominador deberá expresar las razones que lo llevaron a tomar la decisión de declarar la insubsistencia del servidor. Planteamiento dominante que es desarrollado en la actualidad no solo por el Consejo de Estado sino también por la Corte Constitucional en distintas sentencias<sup>3</sup>.

Ahora bien, en punto de la motivación del acto que declara insubsistente un empleado, nuestro máximo órgano de cierre en lo Constitucional ha señalado que tal determinación no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que justifiquen tal declaratoria. Al respecto en la Sentencia SU 917/2010 se dijo:

“(...) Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, ‘la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados’.

Por la misma senda, ese alto tribunal en Sentencia T-147 de 2013<sup>4</sup> ha sido enfático en relieves las condiciones que debe reunir un acto de esta naturaleza, y las razones que justificarían el retiro del empleado en provisionalidad. Esto se expuso:

“... la Corte ha hecho referencia al principio de ‘razón suficiente’ en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde ‘deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que **no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado**’.

“En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, **‘para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado**

<sup>2</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.

<sup>3</sup> Pueden consultarse entre otras sentencias del Consejo de Estado Sección Segunda, de nulidad y restablecimiento del derecho de 23 de septiembre de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, y también de ese alto tribunal, de tutela del 5 de agosto de 2011, radicación número 11001-03-15-000-2011-00654-00, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 24 de enero de 2013, Radicado No. 11001-03-15-000-2012-02037-00 (AC), C.P. William Giraldo Giraldo.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 29 de mayo de 2012, Radicado No. 11001-03-15-000-2012-00610-00(AC), C.P. LUIS Rafael Vergara Quintero.

Corte Constitucional, Sentencia T 147 del 18 de marzo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>4</sup> Reiterada en la Sentencia SU 054 de 2015.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

**es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión’.**

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

#### **6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES**

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1. Mediante Decreto No. 029 del 15 de marzo de 2004 el Alcalde Municipal de San Antonio Tolima nombró en provisionalidad a la demandante en el cargo de auxiliar administrativo nivel A código 550 grado 01 adscrita a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la administración central municipal (Fl. 12).

2. El 16 de marzo de 2004 la actora se posesionó en el cargo de auxiliar administrativo nivel A código 550 grado 01, adscrita a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la administración central municipal (Fl. 13).

3. Según Decreto No. 010 del 01 de febrero de 2008 el Alcalde Municipal de San Antonio Tolima comisionó a la actora para desempeñar las funciones inherentes al cargo de técnico de presupuesto y contabilidad, nivel T Código 4001 grado 1 adscrito a la Tesorería General de la Administración (Fl. 155).

4. Conforme la Resolución No. 611 del 28 de febrero de 2009 el Alcalde Municipal de San Antonio Tolima incorporó la planta de personal establecida mediante Decreto 079 del 28 de febrero de 2009 a los empleados públicos de carrera administrativa o los que ostentan tales derechos, dentro de los cuales se encontraba la señora Mariela Amparo Roa Cruz en el cargo de auxiliar Administrativo nivel A código 407 grado 02 de la Secretaria de Planeación e Infraestructura del municipio citado, en provisionalidad (Fl. 15).

5. Mediante Decreto 077 del 28 de febrero de 2009 el municipio de San Antonio Tolima estableció la estructura orgánica de la administración municipal (Fl. 25 y ss).

6. En oficio calendado el 28 de febrero de 2009 el Secretario General y de Gobierno, informó a la señora Mariela Amparo Roa su incorporación a la nueva planta de cargos de la Alcaldía, identificándole plenamente la denominación de su cargo, código, y nivel jerárquico, el cual corresponde al de Auxiliar administrativo Código 407 grado 2 de la Secretaria de Planeación e Infraestructura del Municipio (Fl. 153).

7. Mediante Decreto 0118 del 29 de agosto de 2009 el Alcalde de San Antonio dio por terminada la comisión de servicios otorgada a la señora Mariela Roa Cruz en Decreto 010 del 01 de febrero de 2008 (Fl. 157).

8. Por Resolución No. 0230 del 20 de septiembre de 2012, el Alcalde de San Antonio declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad realizado a la demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo nivel A código 550 Grado 01, incorporada posteriormente en el cargo

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

de Auxiliar Administrativo nivel A código 407 grado 02 adscrita a la Secretaria de Planeación e Infraestructura de ese municipio (Fl. 5).

9. A través de Resolución No. 0262 del 19 de octubre de 2012 el Alcalde de San Antonio, no repuso la decisión tomada en la anterior resolución (Fl. 8).

10. En Resolución No. 092 del 01 de noviembre de 2012 el Alcalde de San Antonio, nombró en provisionalidad a Yulissa Gallego en el cargo de Auxiliar Administrativo nivel A grado 2 código 407 adscrito a dicha Secretaría (Fl. 228-229).

11. Con Resolución No. 109 del 28 de diciembre de 2012 el Alcalde aceptó la renuncia de la señora Yulissa Gallego al cargo referenciado desde el 30 de diciembre de 2012 (Fl. 231).

12. Hoja de vida de la señora Yulissa Gallego se acredita que la misma es administradora de empresas, cuenta con estudios especializados en gerencia de recursos humanos y otros tales como: licenciada en administración comercial, fundamentación del sistema de gestión de calidad, administración y control de inventarios, gestión presupuestal para entidades públicas y su experiencia laboral supera los 7 años (Fls. 131-145).

13. Hoja de la vida de la señora Mariela Roa Cruz se acredita que la misma es profesional en salud ocupacional y cuenta con 12 años y 3 meses de experiencia laboral (Fl. 147-149).

14. Hoja de vida del señor Norberto Martínez se acreditó que ostenta el título de bachiller académico y adelantó los cursos de básico de Informática en Word y normas Icontec, básico de ofimática en Excel, Power Point, internet y outlook, auxiliar en sistemas avanzado y cuenta con una experiencia laboral de 21 años y 14 meses (Fl. 183 y ss).

15.- Para el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 2 se exige como requisito título de bachiller en cualquier modalidad, conocimientos específicos en manejo de programas de computación (mínimo 200 horas) y 2 años de experiencia relacionada con las funciones del cargo (Fl. 152).

16. Mediante Resolución No. 001 del 4 de enero de 2013 el municipio de San Antonio vinculó al señor Norberto Martínez en el cargo de auxiliar administrativo adscrito a la Secretaria de Planeación de Infraestructura nivel Agrado 2 código 407 de la Administración central, tomando posesión el 05 de enero de ese mismo año (Fl. 206 y 207).

17. Conforme Resolución No. 005 del 15 de enero de 2013, el municipio de San Antonio nombró de manera provisional al señor Norberto Martínez en el cargo de auxiliar administrativo adscrito a la Secretaria de Planeación e Infraestructura nivel A Grado 2 código 407 de la administración central, tomando posesión el 15 de enero de ese mismo año (Fls. 213 y 214).

18.- Según Resolución No. 0117 del 02 de mayo de 2013, el Alcalde municipal de San Antonio reconoció a la señora Mariela Amparo Roa Cruz acreencias laborales (Fls. 163-166).

19.- Conforme certificación expedida el 11 de abril de 2014, el Secretario General y de Gobierno declaró que del 22 de septiembre al 01 de octubre de 2012, el cargo de auxiliar administrativo nivel A código 407 grado 2 adscrito a la Secretaria de Planeación e Infraestructura estuvo vacante (Fl. 175 y ss).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

## 6.5. CASO CONCRETO.

Conforme al acto de nombramiento, las mismas funciones y las propias manifestaciones de la entidad demandada en el acto administrativo censurado, se desprende que el cargo de Auxiliar Administrativo materia de controversia es de carrera administrativa, el cual fue ocupado por la actora en condición de provisionalidad.

Sentado lo anterior, corresponde ahora establecer si la determinación del Alcalde de San Antonio Tolima, a través de la cual declaró insubsistente a la señora Mariela Amparo Roa Cruz en el cargo referenciado, fue debidamente motivado.

Sea lo primero indicar que para la época en que se verificó el retiro de la actora, esto es el 21 de septiembre de 2009, ya se encontraba en vigor la Ley 909 de 2004, precepto que fue reglamentado por el Decreto 1227 de 2005, de ahí que a tono del marco normativo y jurisprudencial citado, resulta claro que los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse, pero no de cualquier forma, ya que "la necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia"<sup>5</sup>. Por tanto, el deber de la administración no solo se reduce a exponer las razones para dar por terminada la vinculación, sino también que se encuentren ajustadas al ordenamiento jurídico y a la realidad fáctica reseñada.

Al revisar la resolución que declaró insubsistente a la demandante, se tienen como supuestos pilares de la determinación adoptada los siguientes: i) el nombramiento provisional "ha superado el tiempo permitido tanto en la Ley 443 de 1998 vigente para la época de su vinculación como en la ley 909 de 2004 norma de carrera actualmente vigente" ii) la declaratoria de "desierta de la convocatoria N° 001 de 2005 para el cargo del cual es titular" la empleada y, iii) la Jurisprudencia del Consejo de Estado "que ha sido unánime en los últimos tiempos en sostener que los empleados nombrados en provisionalidad se asimilan a los empleados de libre nombramiento y remoción" (Fl. 5).

Frente a los dos primeros puntos de la decisión, se observa que la administración de manera simple y llana se limita a decir que el nombramiento de la actora superó el tiempo permitido en las normas citadas, sin precisar cuál era ese término, como tampoco la disposición específica que impone tal exigencia. Adicional a ello, se vislumbra que en forma equivocada se le está dando un carácter ultraactivo a la ley 443 de 1998, al pretender que irradie efectos hacia el futuro a pesar de su derogatoria casi integral mediante la Ley 909 de 2004. Con todo, aun cuando no se indicó en el respectivo acto administrativo de insubsistencia, el lapso al que aparentemente se refiere es al establecido en el parágrafo transitorio del artículo 8 de la Ley 1227 de 2005, según el cual, "...el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses...", empero, para ese momento no era aplicable a la situación particular de la demandante, porque el mismo se refiere a los nombramientos en encargo o en provisionalidad, sin convocatoria a concurso de méritos, previamente autorizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>6</sup>; aquí la empleada Roa Cruz, venía desempeñando dicho cargo sin solución de continuidad desde el 16 de marzo de 2004, pues la administración no fijó límite temporal a su nombramiento, además en su caso no medió autorización de la CNSC tal como lo reconoce la propia entidad demandada (Fl. 242) y por el contrario, dicho cargo sí fue sometido a concurso habiéndose declarado desierto mediante Resolución No. 2632 del 09 de septiembre de 2010 (Fl. 309 envés).

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-204/12.

<sup>6</sup> Artículo 8 de la ley 1227 de 2005. "Parágrafo transitorio. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada".

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

Para mejor comprensión, sobre el particular se cita reciente pronunciamiento del Tribunal de cierre de esta Jurisdicción<sup>7</sup>:

“...se advierte que el reparo formulado por la parte actora está llamado a prosperar, en atención a que esta sección ha sostenido en casos similares al discutido que “la administración no podrá alegar más como motivación suficiente de sus decisiones de retiro, ante la imposibilidad de aplicar objetivamente la norma suspendida, la finalización del plazo autorizado por la CNSC”<sup>8</sup> (...)

“De ahí que esta Corporación ha concluido que se ocasiona un menoscabo del derecho fundamental al debido proceso de los empleados que ocupaban un cargo de carrera en provisionalidad cuando son retirados del servicio con sustento en el vencimiento del plazo conferido para convocar al concurso del empleo, debido a que se desconoce que la autorización brindada por la Comisión Nacional del Servicio Civil pretende propiciar la realización de la convocatoria para proveer el cargo de carrera, más “no constituye una causal de retiro lo que se traduce en que la finalidad del plazo es uno y la del acto de retiro otro y, en esa medida, les corresponde cumplir con la carga legal de justificar la decisión de desvinculación”.

Por esas mismas razones, sumado a que la declaratoria de desierto del concurso no es una causa objetiva válida para la declaratoria de insubsistencia del servidor, atendiendo el carácter reglado que rige el retiro de los empleos de carrera (artículo 41 de la ley 909 de 2004), conforme se refirió en los albores de esta providencia, los argumentos insulares e inconexos plasmados por el señor Alcalde de San Antonio Tolima en ese acto administrativo, no se tienen por justificados.

No puede pasar inadvertido por el Despacho, que una vez fue desvinculada la accionante, el cargo que esta ocupaba estuvo vacante durante varios días, así lo admitió el Jefe de personal y de talento humano de la Alcaldía de San Antonio Tolima (Fl. 175), circunstancia que evidentemente conlleva una afectación al servicio que prestaba la entidad, incluso frente a sectores vulnerables de la población si se tiene en cuenta que la labor se desarrollaba en el SISBEN (Fl. 20).

Ahora bien, se invocó en la resolución de insubsistencia precedentes del Consejo de Estado para significar que los empleos en provisionalidad se asemejan a los cargos de libre nombramiento y remoción, de ahí su discrecionalidad, sin embargo, este aserto lejos está de encontrar respaldo en esta instancia, toda vez que a la luz de pronunciamientos más recientes del órgano de cierre en lo contencioso administrativo y de la misma Corte Constitucional, de manera alguna se asimilan estos empleos manteniéndose al día de hoy el deber de motivar el retiro de los provisionales como se explicó *ab initio*.

Puestas de este modo las cosas, emerge claro que la Resolución No. 0230 de septiembre 20 de 2012 se encuentra impregnada de nulidad, puesto que no fue motivada en debida forma; ciertamente, en ella no se efectuaron consideraciones precisas, concretas, respecto a los motivos por los cuales la labor desempeñada por la actora afectaba la prestación del servicio, más bien se acudió a justificaciones indeterminadas, generales y abstractas ajenas al caso tratado, invocando la facultad discrecional de los cargos de libre nombramiento y remoción mediante la cita de fallos del Consejo de Estado, que no corresponden a la particular y vigente de un servidor en provisionalidad, de donde se sigue que las excepciones formuladas por la demandada en ese sentido no están llamadas a abrirse paso.

Fluye de lo antes expuesto, que el representante legal del municipio de San Antonio – Tolima, al no motivar como debía hacerlo el acto administrativo de retiro de un provisional

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de diciembre de 2018, Radicado No. 1001-03-15-000-2018-03361-00 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>8</sup> Ver sentencia de 17 de septiembre de 2015, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-15-000-2015-01561-00.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

que ocupa un empleo de carrera, pasó por alto tanto los postulados legales como Jurisprudenciales que rigen la materia, aspecto que comporta la invalidación de la determinación acusada y como corolario de ello se debe acceder a las pretensiones de la demanda. En vista que salió airoso este cargo, queda relevado el Juzgado de abordar el siguiente, por sustracción de materia.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reintegro de la demandante en provisionalidad, a un cargo igual, similar o equivalente, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, junto con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir por la actora, la cual no podrá ser inferior a los seis meses (06) ni superior a los veinticuatro meses (24), al igual deberá efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral durante el mismo periodo, con las respectivas deducciones de ley, descontando previamente todas las sumas que se le hubiesen cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales que hubiese devengado, descontando además de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado dependiente o independiente haya recibido la demandante, conforme a lo dispuesto en las sentencias SU – 556 del 14 de julio de 2014 y SU 0053 del 12 de junio de 2015 dictadas por la Honorable Corte Constitucional.

Así mismo, respecto a la situación laboral de la empleada en provisionalidad, debe tenerse en cuenta por la entidad demandada el término dispuesto en el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005 (máximo 6 meses), sin perjuicio de las prórrogas allí indicadas. A su vez, el reintegro de la demandante procederá, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso<sup>9</sup> y debe ponderarse si esta cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios<sup>10</sup>.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos de los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A., utilizando la fórmula adoptada por el Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de pago de las sumas ordenadas en esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas dejadas de cancelar), conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh. \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses se causarán en la forma prevista por el numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 y la entidad dará cumplimiento a la misma, según lo previsto por los incisos 2°, 5° y 6° del artículo 192 *ibidem*.

De otro lado, cumple señalar que no es procedente acceder al reconocimiento de perjuicios morales, tal como lo solicita la demanda (súplica 2.10 Fl. 78), por cuanto no obra prueba alguna en el expediente que permita inferir con suficiencia el daño moral o psicológico que pudo

<sup>9</sup> Al respecto, en la sentencia SU-556 de 2014 la Corte estimó: "3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario."

<sup>10</sup> Adicionalmente, la Corte en la sentencia SU-053 de 2015 expuso: "En efecto, y siguiendo los lineamientos señalados en la sentencia SU-556 de 2014 y lo referido en la presente providencia, en esos asuntos la Corte: (...) Igualmente, deberá examinarse para el reintegro, si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios".

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

sufrir la actora a consecuencia de su desvinculación; decisión que encuentra respaldo en las sentencias del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Sub. Sección “A” C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, radicado No. 1921-98, del 13 de julio de 2000<sup>11</sup>, y sentencia del 3 de septiembre de 1999, Radicado No. 1944, C.P. Margarita Olaya Forero. Llegados a este tópico, debe recordarse que en la audiencia para pruebas ninguno de los testigos compareció, como tampoco se allegó dictamen o valoración clínica de la actora, u otro elemento idóneo del cual se pudiera al menos inferir, la supuesta aflicción (Fls. 292 y 293).

## 7. COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condena en costas a la parte demandada, bajo los términos de liquidación y ejecución previstas en el Código general del proceso, por secretaria efectúese la liquidación correspondiente.

Fijese como agencias en derecho la suma de \$850.000 pesos M/Cte.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la ley,

## RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 0230 de septiembre 20 de 2012, así como también la Resolución No. 0262 del 19 de octubre de 2012, ambas proferidas por el señor Alcalde del Municipio de San Antonio Tolima, la primera, por medio de la cual declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora MARIELA AMPARO ROA CRUZ en el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel A Código 550 Grado 01, incorporado posteriormente en el cargo de Auxiliar administrativo Nivel A código 407 grado 02 y, la segunda, que confirma la anterior determinación.

**TERCERO: ORDENAR** al MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA reintegrar a la demandante, señora MARIELA AMPARO ROA CRUZ, en las mismas condiciones en que estaba, es decir, en provisionalidad, a un cargo igual, similar o equivalente, sin solución de continuidad para todos los efectos legales; respecto a la situación laboral de la empleada en provisionalidad, debe tenerse en cuenta por la entidad demandada el término dispuesto en el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005 (máximo 6 meses), sin perjuicio de las prórrogas allí indicadas, además lo siguiente:

i).- El reintegro de la demandante procederá, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

ii) Deberá examinarse si la demandante cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios.

**CUARTO: ORDENAR** al MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA pagar a la actora a título indemnizatorio, los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la

<sup>11</sup> "Ciertamente no obra dentro del plenario prueba alguna que demuestre la aflicción o el perjuicio patrimonial. No puede entenderse, como pretende el actor, que el daño alegado es obvio o que se deduce de la demanda, pues es sabido que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico, cierto y concreto; por ello, es un imperativo de quien alega sufrirlo, debe probarlo, ya que nuestro estatuto procesal es claro en prescribir – artículo 177 del C.P.C., que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto que ellas persiguen”

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2013-00314-00  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MARIELA AMPARO ROA CRUZ  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA

sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente haya recibido, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni exceda de veinticuatro (24) meses de salario. Así mismo, deberá efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral durante el mismo periodo, con las respectivas deducciones de ley.

**QUINTO:** Las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia, serán actualizadas de acuerdo con la fórmula expuesta en el segmento considerativo de este fallo.

**SEXTO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos señalados por el numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011 e incisos 2°, 5° y 6° del artículo 192 ibídem.

**SEPTIMO: CONDENAR** en costas a la demandada Municipio de San Antonio Tolima. Por secretaría tácense. Se fijan como agencias en derecho, la suma de \$850.000 mil pesos M/Cte.

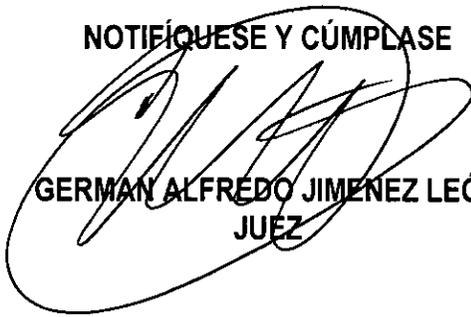
**OCTAVO: NIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda.

**NOVENO:** Por Secretaría hágase entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor de la accionante.

**DECIMO:** Una vez en firme, háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI y efectuado la totalidad de los trámites acá ordenados, **ARCHÍVESE** el expediente.

**DECIMO PRIMERO: NOTIFÍQUESE** esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibídem).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**GERMAN ALFREDO JIMENEZ LEÓN**  
**JUEZ**

