

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C. dieciséis (16) de mayo dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **ROSALBA OCHOA RODRÍGUEZ**
Demandado: **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**
Radicación: **1100133420472019-0044500**
Asunto: **Insubsistencia.**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

1. SENTENCIA

1.1. ANTECEDENTES, DEMANDA, ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia de noviembre 16 de 2021¹ y atendiendo los parámetros normativos contenidos en los artículos 187 y 189 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado por el artículo 138 ibidem, promovido por la señora ROSALBA OCHOA RODRÍGUEZ, actuando a través de apoderado especial, en contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.2. PRETENSIONES²

1.2.1. DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 00255 de enero 28 de 2019, por medio de la cual se declaró insubsistente a la demandante, quien se desempeñaba en el cargo de Instructor Grado 19 en el Centro de Tecnologías para la Construcción y la madera en el SENA – Regional Distrito Capital.

¹ Ver documento digital 34

² Ver documento digital 01, pág. 1.

1.2.2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad ORDENAR a la entidad demandada, REINTEGRAR a la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría en la ciudad de Bogotá.

1.2.3. ORDENAR a la entidad accionada pagar a la demandante los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro laboral.

1.2.4. CONDENAR a la entidad demandada a pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de cesantías.

1.2.5. DECLARAR que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por la demandante.

2. HECHOS RELEVANTES³

Los principales hechos referidos por la parte actora se sintetizan de la siguiente manera:

2.1. La demandante sostuvo una vinculación contractual con el SENA desde el mes de junio de 1994 hasta diciembre de 2009, cuando fue nombrada en provisionalidad como instructora docente hasta marzo 30 de 2019.

2.2. El SENA abrió una convocatoria mediante Concurso No. 436 de 2017 con el objeto de nombrar instructores en carrera administrativa y al iniciar el año 2019, ya se contaba con una lista de elegibles en firme para tales efectos.

2.3. Mediante Circular No. 3-2018-000159 del 07 de septiembre de 2018, la Dirección General del SENA recomendó a las Direcciones Regionales, la aplicación de medidas de protección para los servidores provisionales que cumplieran con los requisitos previstos en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.

2.4. La demandante a través de oficio radicado No. 1-2-032907 solicitó al SENA tener en cuenta su situación de "discapacidad", según Historia Clínica expedida por SANITAS EPS con diagnóstico de reemplazo de prótesis de hombro izquierdo e incapacidad con fecha de inicio marzo 14 de 2019 y fecha de finalización junio 14 de 2019.

2.5. Mediante Oficio radicado No. 22018-069250 de diciembre 14 de 2018, la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo del SENA, respondió a la demandante que la tendría en cuenta para conformar el grupo de servidores con protección especial.

2.6. A través de correo electrónico de fecha marzo 28 de 2019, le fue informado a la accionante que a partir de abril 1 de 2019 tomaría posesión en el cargo que venía ocupando en provisionalidad, la persona que pasó el concurso de méritos.

³ Ver documento digital 01, pág. 2 a 3.

2.7. Promovió acción de tutela contra el SENA, razón por la cual el Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá, profirió fallo el día 26 de abril de 2019, amparando de manera transitoria los derechos invocados y ordenó el pago de aportes a seguridad social. Dicha decisión fue impugnada y confirmada el 06 de junio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

En el libelo genitor fueron señaladas como transgredidas las siguientes:

Constitucionales:

Artículos 13.25,29,48,53,58,82 y 125.

Legales:

Art. 31º del Decreto 2400 de 1968.

Leyes 909 de 2004, 367 de 1997 y 584 de 2000, C.S.T.

Internacionales:

Declaración de los derechos humanos.

Declaración de los derechos del deficiente mental.

Declaración de los derechos de las personas con limitación.

Convenio No. 159 de la OIT.

Refiere además jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

4. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1. Demandante⁴:

La posición del demandante, la podemos extraer del acápite de concepto de violación, contenido en el libelo introductorio de la acción, así:

Como cargos de nulidad contra el acto demandado, formuló los siguientes:

4.1.1. Falsa motivación;

4.1.2. Infracción a las normas en que debió fundarse;

4.1.3. Violación al derecho de defensa y

4.1.4. Desvío de poder.

Expuso, que la entidad accionada vulneró postulados constitucionales al retirar del servicio a la demandante, a quien le asistía derecho a la igualdad y especial protección por cuenta de su estado de debilidad manifiesta derivada de su

⁴ Ver documento digital 01, pág. 3 al 12.

incapacidad. Por ende, en materia laboral contaba con una estabilidad laboral reforzada.

Reprochó, que el acto demandado va en contravía del debido proceso y el derecho de defensa, en tanto no fue notificado en debida forma ni le fueron concedidos los recursos para controvertir la decisión en sede administrativa.

Argumentó, que la entidad demandada desconoció que, para el momento del retiro, la parte actora se encontraba en estado de discapacidad y fue desvinculada sin constatar previamente que en la planta de personal hubiese otra vacante que pudiera desempeñar, con el fin de proteger sus derechos fundamentales.

Como fundamento de la falsa motivación invocada, indicó que consiste en la falta de concordancia entre los motivos que se expresan en el acto demandado y los que corresponden a la realidad, en este caso, al no considerar el estado de discapacidad y avanzada edad de la demandante, no acoge la realidad que antecede al retiro del servicio.

En lo que atañe al cargo genérico de infracción de las normas en las que debía fundarse, refirió que el acto demandado desconoció los principios que orientan la estabilidad laboral de la actora, derivada de su condición de incapacidad.

Respecto a la vulneración al derecho de defensa, aludió que la insubsistencia fue un mecanismo rápido y expedito para retirar del servicio a la demandante, sin oportunidad de controvertir tal situación en etapa administrativa.

Sobre la desviación de poder sustentó que el nominador no persiguió el mejoramiento del servicio sino fines ajenos al mismo.

Finalmente, enfatizó que la demandante no podía ser retirada del servicio en tanto pertenecía a la directiva del sindicato SETRASENA, para lo cual, se requería autorización del Ministerio del Trabajo.

4.2. Demandada SENA⁵:

La entidad demandada presentó contestación de la demanda en tiempo, oponiéndose a las pretensiones, declaraciones y condenas, sustentando sus asertos así:

Argumentó, que la declaratoria de insubsistente relacionada con la demandante se debió al derecho constitucional que le asistía a la persona que se había ganado el concurso, de ocupar dicho cargo, por lo que la terminación se debió a una causa meramente objetiva. La motivación se encuentra en el acto administrativo demandado, como es la Resolución No. 000255 de fecha enero 28 de 2019 y no a una discriminación en razón a su condición, como bien se resalta en la sentencia que cita, SU 094 de 2017, cuando habla de estabilidad laboral reforzada u ocupacional reforzada.

⁵ Ver documento digital 15.

Añadió, que no se requiere otra motivación distinta que el hecho de que el cargo hizo parte del concurso de méritos, lo cual en la demanda nunca fue atacado, por el contrario, siempre se reconoció que el mismo se encontraba en concurso. Por ende, la motivación que se exige según los preceptos normativos y constitucionales antes descritos, es que el cargo se va a proveer en razón al concurso de méritos adelantado, motivación que es meramente objetiva, como bien se observa en el acápite anterior y relacionado en sentencia SU -917 de 2010.

Señaló, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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 empleado concreto.

Frente a la estabilidad relativa, indicó que ésta se rompe en el momento en que el cargo es objeto de proveer por el concurso de méritos, como bien se desarrolló en el acápite anterior y en sentencia T-096 de 2018, aun existiendo especial protección por la condición que presenta la persona, por cuanto la motivación de su retiro nada tiene que ver con la condición en que se encuentra, ni las calidades que ostenta.

El único motivo del retiro se da por el concurso de méritos realizado. Por ende, no se ignoró su condición, si no que ésta al ser relativa tiene unas condiciones para no ser tenida en cuenta dicha estabilidad. Caso contrario estaríamos frente a una estabilidad absoluta, situación que nunca ha contemplado la jurisprudencia constitucional, ni la normatividad relacionada con anterioridad como es el artículo 125 Constitucional, numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y Decreto No. 1083 de 2015 artículo 2.2.5.3.2.

No obstante, enfatizó que el orden de protección referido en las normas en mención aplica si el número de aspirantes es menor al de empleos ofertados, caso que no se observa en la presente situación de conformidad con la Resolución No. 20182120182745 del 24 de diciembre de 2018.

La segunda situación contemplada en el parágrafo 3 bis establece que:

“...Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la Administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo...”

Así las cosas, no se le puede exigir a la Entidad disponer de cargos que se encuentran ocupados por otros funcionarios o las calidades exigidas sean distintas, lo que impediría dar cumplimiento a esta normatividad.

Como excepción propuso la denominada genérica.

5. TRAMITE PROCESAL - Actuaciones:

La demanda fue presentada en octubre 4 de 2019⁶, siendo repartida a este Juzgado en la misma fecha.

Inicialmente, la demanda fue inadmitida a través de proveído de fecha 03 de agosto de 2020, fue subsanada en tiempo, por lo cual fue admitida mediante auto calendado en octubre 2 de 2020⁷, providencia que se notificó al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y demás sujetos procesales especiales o intervinientes por mandato legal, a través de los correos electrónicos destinados para tal efecto⁸.

Dentro del término de traslado, la entidad accionada contestó la demanda⁹ y mediante auto fechado 24 de mayo de 2021¹⁰, se fijó fecha para audiencia inicial, la cual fue celebrada el 29 de julio de 2021, vista pública finalizada con la decisión asumida respecto de las pruebas peticionadas.

Aportadas e incorporadas las documentales decretadas, se prescindió de la audiencia de práctica de pruebas y con auto de noviembre 16 de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

De la oportunidad procesal referida anteriormente hicieron uso las partes reiterando lo afirmado en la demanda¹¹ y en la contestación de la demanda¹².

6. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes.

7. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico y propondrá su tesis; posteriormente establecerá la normatividad

⁶ Ver archivo documento digital 02.

⁷ Ver archivo documento digital 11.

⁸ Ver archivo documento digital 12.

⁹ Ver archivo documento digital 19.

¹⁰ Ver archivo documento digital 20.

¹¹ Ver archivo documento digital 36.

¹² Ver archivo documento digital 37.

aplicable al caso, para finalmente resolver el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas al plenario.

7.1. Competencia:

Este Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión del proceso, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo a lo normado por los artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

7.2. Problema jurídico:

El Problema Jurídico, tal como quedó fijado en providencia de fecha 29 de julio de 2021, dictada al interior de audiencia inicial, es el siguiente:

"... consiste en establecer si la señora ROSALBA OCHOA RODRÍGUEZ, quien venía desempeñando el cargo OPEC No. 60524, denominado Instructor, ubicado en la Regional Distrito Capital, Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera, de la Planta de Personal Global del SENA y fue desvinculada, mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento a partir de marzo 30 de 2019, y por nombrar en periodo de prueba a la persona que superó todas las etapas del concurso de méritos realizado para proveer el empleo que desempeñaba la demandante, tiene derecho a que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA la reintegre al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, al considerar que cuenta con protección especial, como se sostiene en la demanda.¹³..."

7.3. Tesis del Despacho

Se deben NEGAR las pretensiones de la demanda, ya que la demandante no probó tener derecho a una estabilidad laboral intermedia, dada su vinculación provisional y que su retiro obedeció al nombramiento de la persona por concurso de méritos. Aunque invocó una situación de debilidad manifiesta, la documental aducida al proceso solo permitió acreditar la necesidad de recibir un tratamiento quirúrgico e incapacidades que realizó SANITAS E.P.S.. Tampoco probó circunstancias que ameritaran recibir de la entidad demandada una protección especial diversa del aludido tratamiento e incapacidades, sin perjuicio de impulsar la causal objetiva de retiro invocada y válida¹⁴.

7.4. Desarrollo de la tesis del despacho

En este acápite, el Despacho determinará tanto las premisas fácticas, hechos debidamente probados y que resultan relevantes para la decisión final, como las premisas jurídicas - normativas y jurisprudenciales -que sirven de sustento a la decisión.

7.4.1. Premisas Fácticas:

HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

¹³ Ver documento digital 25, página 2.

¹⁴ En Sentencia T-109 de 2021, la Corte Constitucional define la acción afirmativa como un "Plexo de garantías encaminadas a asegurarles condiciones dignas y equitativas en el entorno laboral y a evitar dinámicas de exclusión del mercado del trabajo remunerado...".

Previamente se ha de señalar que, se tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, lo que le permite a este operador judicial tener por acreditados los siguientes supuestos fácticos:

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1-. Que la señora ROSALBA OCHOA RODRÍGUEZ fue nombrada en provisionalidad mediante resolución No. 00134 del 21 de octubre de 2011- en el cargo de Instructora Grado 11 para la Regional Distrito Capital SENA, acto administrativo que le fue comunicado mediante oficio No. 11-9212 del 21 de octubre de 2011.	Documental: Oficio No. 11-9212 del 21 de octubre de 2011. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 15, - página 249).
2-. Que la señora OCHOA RODRÍGUEZ prestó servicios en el SENA desde el 08 de julio de 1993 hasta el 31 de marzo de 2019. El último cargo desempeñado fue Instructora en la Regional Distrito Capital.	Documental: Certificado Laboral. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 15, - página 318).
3-. Mediante Circular No. 3-2018-000159 del 07 de septiembre de 2018, el SENA impartió instrucciones y fijó el procedimiento para el reporte de situaciones especiales a tener en cuenta a proveer empleos de carrera administrativa con lista de elegibles en el marco de la convocatoria No. 436 de 2017.	Documental: Circular No. 3-2018-000159 del 07 de septiembre de 2018 (Visible en el expediente digital del archivo 01, páginas 21-23)
4-. La demandante a través de oficio radicado No. 1-2-032907 del 11 de septiembre de 2018 reportó su situación de salud y el procedimiento quirúrgico al que iba a ser sometida, aportando para tal efecto historia clínica.	Documental: Oficio radicado No. 1-2-032907 del 11 de septiembre de 2018. (Visibles en el expediente digital del archivo 01, Página 24)
5. El día 15 de marzo de 2019, la demandante radicó ante el SENA, la incapacidad medica derivada del procedimiento quirúrgico a ella practicado.	Documental: Oficio radicado del 15 de marzo de 2019. (Visibles en el expediente digital del archivo 01, Página 25)

6. El día 14 de marzo de 2019, la EPS SANITAS expidió incapacidad médica a favor de la demandante con fecha de inicio 14/03/2019 y finalización 12/04/2019.	Documental: Incapacidad médica. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, – Hoja 26).
7. El día 13 de abril de 2019, la EPS SANITAS expidió incapacidad médica a favor de la demandante con fecha de inicio 13/04/2019 y finalización 12/05/2019.	Documental: Incapacidad médica. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, – Hoja 31).
8. El día 13 de mayo de 2019, la EPS SANITAS expidió incapacidad médica a favor de la demandante con fecha de inicio 13/05/2019 y finalización 01/06/2019.	Documental: Incapacidad médica. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, – Hoja 27).
9. Según historia clínica de fecha 14/03/2019, la demandante fue sometida a un procedimiento quirúrgico denominado “ <i>REEMPLAZO PROTESICO DE HOMBRO IZQUIERDO</i> ”, dado su diagnóstico de “ <i>ARTROSIS GLENOHUMERAL IZQUIERDA - MANGITO ROTADOR</i> ”	Documental: Historia clínica. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, – Páginas 37-38 y 40-43).
10. Mediante Resolución No. 000255 del 28 de enero 2019, la entidad accionada nombró en periodo de prueba al señor JAIRO ESTEPA GARCES y en consecuencia, declaró insubsistente el nombramiento provisional de la demandante.	Documental: Resolución No. 000255 del 28 de enero 2019. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, – Páginas 54-57).
11. Mediante correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2019, fue comunicado a la demandante que a partir del 01 de abril de 2019 se terminaba su nombramiento provisional, por cuenta de la posesión de la persona nombrada en periodo de prueba, previo concurso de méritos.	Documental: Correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2019. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 01, – Página 58).
12. Mediante certificación de fecha 02 de agosto de 2021, el Ministerio del Trabajo certificó quienes son los integrantes de la junta directiva del sindicato de empleados y	Documental: Certificación de fecha 02 de agosto de 2021. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 30).

trabajadores del SENA, dentro de los cuales no está la demandante.	
13. Mediante certificación de fecha 17 de agosto de 2021, el SENA certificó que, con corte al 31 de marzo de 2019, la única vacante del empleo denominado instructor al área de emprendimiento, era el ocupado por la demandante y actualmente provisto mediante carrera administrativa.	Documental: Certificación de fecha 17 de agosto de 2021. (Visible en el expediente digital del proceso, archivo 33).

7.4.2. Premisas jurídicas

CARRERA ADMINISTRATIVA - FORMA DE PROVISIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

En primer lugar y conforme al artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Ahora bien, conforme al artículo 125 del texto Superior, por regla general, los empleos en los órganos y entidades estatales son de carrera administrativa, exceptuando:

“...los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Tal aspecto se replica en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004.

Ahora, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, define la carrera administrativa en los siguientes términos:

"... ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; **estabilidad** e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa **se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección** en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna...."

Frente a la finalidad del sistema de carrera administrativa, la Corte Constitucional en sentencia C – 901 de 2008¹⁵, indicó:

"... "La carrera administrativa persigue unos fines específicos, a saber: (i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; (ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; (iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y (iv) **la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines...**"

En ese orden, en privilegio a la meritocracia, el empleo público puede ser de **carrera administrativa**, cuyo fin es la provisión definitiva del mismo una vez la persona ha superado todas las fases o etapas de un concurso de méritos.

Procede de manera temporal o transitoria el nombramiento provisional mientras se adelanta el concurso correspondiente o en eventos de vacancia temporal¹⁶, salvo que se haga uso de la figura de encargo con empleados de carrera administrativa que cumplan los requisitos para ser nombrados.

El objeto de la carrera administrativa es:

"... garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer: **estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público...**"

La finalidad normativa analizada a nivel jurisprudencial es procurar por un lado, honrar los principios que regentan la función pública (eficacia – eficiencia), la primacía del interés general y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos de cara a la administración pública.

A su vez, establecer una garantía a favor de aquellas personas que ingresen por mérito al empleo público vía concurso público de estabilidad laboral.

El artículo 2º, numeral 3º, literal b) de la Ley 909 de 2004, indica que en punto de efectividad de la prestación del servicio, es viable:

"... La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad..."

Tal flexibilidad ha de entenderse **sin detrimento** de la estabilidad relativa de que tratan los artículos 2 numeral 3 literales b y c; 37 literales a, b y c de la Ley 909 de 2004, antes citado, que condicionan la permanencia del empleado de carrera al mérito, al cumplimiento de los deberes, responsabilidad y a la evaluación en período de prueba, anual o extraordinaria del servidor de carrera.

¹⁵En dicha sentencia la Corte abordó el estudio de Constitucionalidad correspondiente frente a unos artículos modificatorios de la Ley 909 de 2004.

¹⁶ **Ley 270 de 1996. ARTÍCULO 135. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.** Los funcionarios y empleados pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: 1. En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial 2. **Separados temporalmente del servicio de sus funciones**, esto es: en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar.

7.4.3. BREVE DISTINCIÓN ENTRE EMPLEO DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA

En gracia de brevedad, se considera de vital importancia, hacer unas reflexiones en torno a la distinción que hay entre un empleo de carrera administrativa y un empleado de carrera administrativa, para el efecto, se precisa:

Tal como se citó en párrafos anteriores, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, predica que, con el fin de garantizar la eficiencia en la función pública, en contraste y equilibrio con la estabilidad laboral, **“el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”**

Adicionalmente, la ley citada enfatiza a través de su artículo 31, numeral 5º, el momento a partir del cual, un empleado adquiere derechos de carrera administrativa, diferenciando que, estos solo se obtienen, una vez la persona ha superado:

7.4.3.1. Las fases de un proceso de selección en el cual prevalece el mérito;

7.4.3.2. El periodo de prueba;

7.4.3.3. La evaluación satisfactoria del periodo de prueba o anual o extraordinaria si el empleado da muestras de deficiencia en el ejercicio de sus funciones, y

7.4.3.4. La declaración mediante inscripción en el registro público de carrera administrativa (RPCA)¹⁷ que trata el artículo 34 ibidem.

Entonces, a juicio del Despacho, se diferencian dos situaciones a saber:

- Toda persona que, habiendo superado las fases o etapas anteriormente referidas, ocupa un empleo de carrera, adquiere derechos de carrera propiamente dichos.
- La persona que, sin superar las fases indicadas en precedencia, es nombrada en un cargo o empleo de carrera, de manera provisional¹⁸, no goza automáticamente de derechos de carrera.

De manera que el empleo de carrera administrativa, es aquel que pertenece y se ubica al interior de las plantas de personal de las entidades públicas para ser provisto en propiedad previa realización de concurso de méritos, mientras que el empleado de carrera administrativa es aquella persona que, habiendo superado un concurso de méritos, entra a ejercer el cargo en propiedad, con las prerrogativas que de ella se derivan.

¹⁷ El Registro Público de Carrera Administrativa (RPCA) es el archivo y almacenamiento de la información de las personas inscritas y las que puedan llegar a inscribirse como funcionarios públicos en el sistema de carrera administrativa.

¹⁸ Como supernumerario incluso.

7.4.4. TERMINACIÓN DE NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES – COMPETENCIA, CAUSAS Y REQUISITOS

Siguiendo con la línea argumentativa trazada, surge el interrogante en torno a ¿cuál es el fundamento que habilita al nominador para desvincular empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad?

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, es importante referir los antecedentes normativos que han orientado el retiro del servicio en relación con empleados provisionales, veamos:

El artículo 107 del Decreto 1950 de 1973¹⁹ señalaba:

“Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...”

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998²⁰ estableció:

“Artículo 7º.- El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

"No obstante, lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados...”

De conformidad con lo anterior, el retiro del servicio para los empleados provisionales, incluso a la luz de la ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, podía disponerse por acto de insubsistencia que no requería ser motivado; es decir, no se debía expresar las causas de la desvinculación.

La tesis anteriormente expuesta se volvió pacífica con la Sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada dentro del expediente No. 1834-01 con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, donde la Sección Segunda unificó su criterio, toda vez que la subsección A consideraba que los actos de retiro de provisionales debían motivarse así fuera sumariamente y la subsección B consideraba que tal decisión no la requería.

No obstante, a partir del Decreto 1227 de 2005²¹, la tendencia normativa anteriormente referida apuntó en sentido contrario, es decir, que la decisión de retiro del empleado provisional, si bien era procedente, la desvinculación debía ser motivada, veamos:

“ARTÍCULO 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga **o del nombramiento provisional**, el nominador, por resolución **motivada**, podrá darlos por terminados...”

¹⁹ “Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”.

²⁰ “Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto-ley 1567 de 1998”.

²¹ Hoy derogado por el Decreto 1083 de 2015.

En tal sentido, es claro a partir de la norma en cita, que quien ostenta competencia y facultad para desvincular un empleado nombrado en provisionalidad, es el nominador.

La condición o exigencia legal para ello, consiste en que la terminación de la provisionalidad debe ser debidamente motivada, es decir, que las causas que le sirven de sustento sean verificables.

En tal sentido, se destaca la sentencia de unificación 917 de 2010, a través de la cual, la Corte Constitucional ha referido lo siguiente:

"... Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos **no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública.** Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, **de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad.** Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico...". (Subrayas fuera de texto).

Ahora, las causas para remover provisionales, deben obedecer a sanciones disciplinarias, baja calificación en las funciones²², razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, ello conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P.).

"... Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo ..."²³

De hecho, el mismo órgano de cierre ha reconocido que no existe para los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido vinculados mediante concurso, precisamente porque:

"...los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, **gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia**, que implica, sin embargo, **que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado**"²⁴, es decir, **debe contener las**

²²Concepto 062661 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública "Las normas que regulan la materia no consagran la evaluación del desempeño para las personas vinculadas mediante nombramiento provisional; no obstante, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que la entidad puede evaluarlos a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, o podrá emplear formatos similares a los que utiliza para la evaluación de los empleados de carrera o en período de prueba, esta evaluación debe generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad, para lo cual deberá señalarse de manera expresa que la misma no genera derechos de carrera ni los privilegios que la ley establece para los servidores que ostentan esta condición, ni el acceso a los incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados en carrera administrativa.

²³Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴"El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la

razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad....²⁵.

Siguiendo este hilo conductor, se tiene que las causas que jurisprudencialmente se han recogido para el retiro de servidores que ocupan provisionalmente cargos de carrera administrativa, no se constituyen en un listado cerrado o taxativo que impida la concurrencia de diferentes circunstancias que, debidamente identificadas e individualizadas, originen la terminación del nombramiento provisional.

La exigencia gira en torno a la motivación del acto de desvinculación, la cual, debe obedecer al estándar de *razón suficiente*:

*"... para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión..."*²⁶

Recapitulando, tenemos que:

- La competencia legal para desvincular empleados que ocupan cargos de carrera administrativa recae en cabeza del nominador;
- La exigencia legal para el ejercicio de dicha facultad, es la motivación del acto administrativo;
- Dentro de las causas que tornan procedente la terminación del nombramiento provisional, se encuentran aquellas circunstancias específicas y constatables que afecten el servicio a cargo del servidor o se traduzcan en incumplimiento de funciones;
- La estabilidad laboral predicable frente a los empleados con derechos de carrera, no se extiende a los nombrados provisionalmente. Sin embargo, tal vinculación debe respetar los principios que rigen en materia de carrera administrativa sobre la permanencia relativa por cuanto deben sujetarse en el ejercicio de su actividad al mérito y la responsabilidad sujeta al cumplimiento de deberes que de no hacerlo, puede significar sanción disciplinaria o una decisión intermedia o retiro del servicio.

jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado"...". Concluyó que "respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión". Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez)."

²⁵ Sentencia T-373 de 2017.

²⁶ SU 917 – 2010.

- Debido proceso, tratándose de terminación del nombramiento provisional, se garantiza con el señalamiento concreto, claro, puntual y preciso de las razones que determinaron la desvinculación, de suerte que el afectado las conozca y pueda debatir las mismas en sede de judicial.

7.4.5. TERMINACIÓN DE NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES EN RELACION CON PERSONAS EN CONDICIÓN DE INCAPACIDAD Y - O DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD

La Corte Constitucional a través de sentencia T 020 de 2021, con ponencia de la doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, definió reglas de los eventos que puedan considerarse como razones para otorgar estabilidad reforzada respecto de personas que por razones de salud, se encuentren en situación de debilidad manifiesta. Al respecto se dijo que el Juez debe verificar:

7.4.5.1. La condición de salud debe impedirle o dificultarle al trabajador sustancialmente el desempeño de sus funciones.

7.4.5.2. La condición de salud debe ser conocida por el empleador;

7.4.5.3. No debe existir una causal objetiva que fundamente la desvinculación.

7.4.5.4. El auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador y el de su familia durante el tiempo en el que sus condiciones de salud le impiden prestar sus servicios. Igualmente, este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por reintegrarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de percibir un salario. El pago corresponde según el origen de la enfermedad común a la Empresa Prestadora de Salud EPS; profesional a la Administradora del Riesgo Laboral, NO AL EMPLEADOR.

Existen 3 tipos de incapacidades:

- Temporal: Imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología;
- Permanente parcial: Disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5 % pero inferior al 50 %;
- Permanente (o invalidez) cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50 %.

El punto de partida en relación específica con el tópico anotado, el Despacho considera importante traer a colación la definición del concepto de personas en condición de discapacidad, en términos de la Corte Constitucional:

"...engloba a aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ...".

"En dicho colectivo se encuentran las personas con limitación, con alguna deficiencia, con alguna discapacidad y las personas minusválidas. Dicha terminología **no debe ser entendida de manera lineal sino comprensiva** ya que debe incluir las **deficiencias físicas** o mentales de carácter **temporal y permanente que implique limitaciones en las funciones y estructuras corporales, restricciones o barreras en el acceso**. Por ende, las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término **(ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas**. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad..."

Como puede observarse, el alcance que se da al concepto de "persona en condición de discapacidad", no se ve delimitado por un estándar objetivo, cualificado o cuantificado que oriente la protección debida.

La noción, si bien es genérica, permite en cada caso concreto, verificar, si la persona que reclama se ubica en el colectivo mencionado y a partir de ello, establecer – en asuntos laborales –, la procedencia de acciones afirmativas siempre en consideración a que se está frente a sujetos de especial protección.

Respecto a la especial protección de que gozan las personas en condiciones de discapacidad en materia laboral, el órgano de cierre referido ha considerado, entre otras cosas, los siguientes aspectos:

"... el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede ser entendido simplemente como la imposibilidad de retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino que además implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud en el que 'pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesional mente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, **de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas...**'"²⁷

Lo anterior, debe analizarse y acompasarse en cada caso, de suerte que la garantía laboral reforzada respecto a dicho grupo poblacional, no implique correlativamente vulneración a los derechos que ostentan los funcionarios de carrera administrativa ni la estructura institucional.

²⁷ Sentencia T-663 de 2011.

En ese orden, el empleador debe procurar las alternativas administrativas a su alcance (acciones afirmativas) en aquellos eventos donde se identifiquen en la planta de personal, empleados nombrados en provisionalidad con protección laboral reforzada²⁸, por ejemplo, en condición de incapacidad o con grado de discapacidad, siendo claro que para dichos casos la desvinculación no procede *de facto*, sino que antecede la adopción de medidas que procuren la protección laboral, no apuntando a la permanencia indefinida en un empleo cuya provisión corresponda a través del sistema de carrera, sino la posibilidad de extender la consecución de bienes y servicios en forma digna.

Hechas las consideraciones generales, corresponde descender al caso concreto, en el cual se examinarán las pruebas arrimadas al trámite y se dará respuesta a los dos interrogantes planteados en el problema jurídico.

8. CASO CONCRETO

8.1. Análisis de los cargos de nulidad invocados por la parte actora.

Tal como se indicó al inicio de la presente providencia, la parte accionante invocó como cargos de nulidad frente al acto de insubsistencia los siguientes: Violación al derecho de defensa, Desviación de poder, Falsa motivación e Infracción a las normas en que debió fundarse, cuyo estudio procede el Despacho a abordar por separado, así:

8.1.1. Sobre el cargo de vulneración al debido proceso y al derecho de defensa

La parte actora ha referido que la declaratoria de insubsistencia no le fue notificada en debida forma, por ende, tampoco se le dio la posibilidad de controvertir el retiro del servicio en sede administrativa.

En la actuación reposa la Resolución No. 000255 de 28 de enero de 2019, emitida por la entidad accionada, por medio de la cual, producto de la convocatoria pública a concurso de méritos No. 436 de 2017, se nombró en periodo de prueba y en el marco de la carrera administrativa, al señor Jaime Estepa Garces en el cargo de Instructor²⁹, y en consecuencia, se declaró insubsistente el nombramiento provisional de la ahora parte accionante. El documento fue aportado por la demandante y obra en el Anexo No. 1 del expediente electrónico a folios 54 al 57, de manera tal que se debe entender como notificada por conducta concluyente del acto acusado.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) CONJERERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN Número único de radicación: 08001-23-33-000-2021-00553-01. “La protección de la estabilidad laboral reforzada consiste, de una parte, en el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas administrativas o legislativas que atenten contra el principio de igualdad de trato y, de otra, impulsar acciones afirmativas orientadas a proteger a las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, **personas con discapacidad** o diversidad funcional u otras personas en estado de debilidad manifiesta, tales como, **garantizar el derecho a no ser despedido por causa de la situación de vulnerabilidad, a que la permanencia en el empleo pueda darse hasta que se configure una causal objetiva que imponga la terminación del vínculo y a que la correspondiente autoridad laboral autorice el despido.**”

²⁹ OPEC No. 60624.

De otra parte, aunque formalmente no aparece evidenciada la notificación del acto de retiro en cuanto tal, es evidente que la demandante sabía de la posibilidad de ingreso de otra persona a ejercer el empleo que ocupaba, como consecuencia de un concurso que se venía surtiendo, al punto que solicitó se aplicara a su favor estabilidad laboral reforzada, con ocasión del proceso de selección que se venía adelantando, resultando carente de veracidad el argumento de imposibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

Así mismo, se tiene que la demandante se enteró del contenido del acto que la retiraba del servicio y de sus efectos, tácitamente, en cuanto podría significar el ejercicio del empleo que ocupaba por parte de quien resultara ganador del concurso y no la accionante, al punto que reconoce haber sido informada de la existencia del acto, a través de correo electrónico de marzo 29 de 2019, a través del cual le informaban que a partir de abril 1 de 2019, el ganador del concurso iría a ocupar el cargo.

Además, al plantear la nulidad del acto que fue objeto de solicitud de conciliación prejudicial planteada ante la Procuraduría oportunamente y dentro del proceso que nos ocupa al demandar solicitud de anulación, igualmente dentro del término legal, dio cuenta del conocimiento del texto del acto acusado.

Ahora bien, si la exigencia de notificación del acto acusado según la demanda, tenía como finalidad poder recurrir la declaratoria de insubsistencia en sede administrativa, de cuya imposibilidad se fundamenta la presunta vulneración al derecho de defensa en grado de cargo, no debe perderse de vista que según se desprende de su texto, contra el acto de retiro no procedía recurso alguno³⁰, por lo que era suficiente su comunicación dentro de la oportunidad invocada por la parte actora como cercenada, y no era procedente o viable jurídicamente en dicho escenario, ejercer ningún tipo de recurso.

La resolución referida solo es escrutable por vía judicial y al apreciar que la demandante ha acudido a la Jurisdicción oportunamente, cuestionando la legalidad de la insubsistencia adoptada, no queda otra opción sino la de desestimar el cargo de nulidad invocado por. a presunta violación del derecho al debido proceso por indebida notificación del acto acusado o por violación del derecho de defensa.

En ese orden de ideas, sin perjuicio de la obligación que le asiste a la entidad demandada de publicitar en legal forma sus actuaciones, la situación alegada no comporta en el caso concreto, motivo suficiente para nulitar la decisión acusada por el cargo de vulneración al derecho de defensa como componente del debido proceso, siendo impróspero el mismo.

8.1.2. Sobre el cargo de desviación de poder

Sobre la desviación de poder, la parte demandante sustentó básicamente que con el retiro del servicio el nominador no persiguió su mejoramiento sino fines ajenos al mismo.

³⁰ Documento No. 01 del expediente digital – página 57.

De cara al cargo alegado, es importante resaltar cuando se cuestiona la legalidad de un acto administrativo por el cargo referido:

“...quien considere que se profirió con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre en principio, con la carga de la prueba...”³¹.

Bajo tal presupuesto, debe advertirse que el cargo alegado no cuenta en el presente caso con prueba que le sustente, es decir, no milita medio de prueba que permita afirmar la tesis de la parte actora, según la cual, la insubsistencia se determinó con una finalidad distinta a la autorizada por el Legislador, de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa.

Lo que sí está probado, es que el retiro obedeció a la provisión del cargo por concurso de méritos, es decir, por vía de causal objetiva y respecto de la cual, la parte accionante no aportó los medios de convicción requeridos para sustentar que la facultad del nominador fue utilizada con fines subjetivos o particulares desviados de la finalidad que la norma habilita.

Debía probarse el interés encubierto o desviado del nominador con apariencia de legalidad del acto demandado, aclarando que la demanda no cuestiona la realización del nuevo nombramiento para el empleo que ocupaba.

Si la parte demandante infiere desvío de poder, dicha figura jurídica obliga a profundizar probatoriamente en los hechos que antecedieron y concurrieron con la expedición del acto, conocidos se reitera por la accionante; también referenciado en la demanda y en la solicitud de conciliación prejudicial y, las circunstancias que rodearon dicha expedición, sus intervinientes y demás aspectos que permitan construir un conocimiento adecuado sobre las particularidades que pudieron incidir irregularmente en el ánimo del nominador.

Por ello, quien alega el cargo queda obligado no solo a argumentarlo, sino con mayor énfasis a probar con suficiencia el mismo, situación que no se vislumbra en este caso, razón por la cual, se despacha desfavorablemente el cargo analizado.

8.1.3. Sobre los cargos de falsa motivación e infracción a las normas en que debía fundarse el acto demandado.

Como fundamento de la falsa motivación invocada, indicó que consiste en la falta de concordancia entre los motivos que se expresan en el acto demandado y los que corresponden a la realidad. En este caso, se precisan el no considerar el estado de discapacidad y avanzada edad de la demandante.

En lo que atañe al cargo genérico de infracción en las normas que debía fundarse el acto, refirió en síntesis que el acto demandado desconoció los principios que orientan la estabilidad laboral de la actora derivada de su condición de incapacidad.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de noviembre de 2010, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. 0481-10.

Considera el Despacho pertinente el examen conjunto de los cargos enunciados, habida consideración que, independientemente de cómo la parte accionante los haya denominado, tienen como común denominador la incapacidad alegada por la actora como causa que la protegía del retiro del servicio, veamos:

En atención a los hechos probados al interior de la presente actuación, el Despacho se anticipa a referir que el acto acusado, si bien se fundamenta en una causal objetiva de retiro (provisión por concurso de méritos), está viciado de nulidad **parcial** por dos razones:

8.1.3.1. La entidad demandada tampoco adoptó acciones afirmativas en favor de la actora dada su condición de salud con incidencia laboral y

8.1.3.2. La entidad accionada no solicitó autorización a la oficina de trabajo para desvincular a la demandante, como persona con estabilidad laboral reforzada debido a que para el momento del retiro se encontraba en periodo de incapacidad médica.

Frente a dichas circunstancias, es menester realizar las siguientes reflexiones:

La controversia que nos ubica en un extremo a la demandante, empleada nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa (Instructor), quien al momento de la desvinculación registraba un diagnóstico de “artrosis glenohumeral izquierda manguito rotador”³² y se encontraba en periodo de incapacidad por cuenta de una intervención quirúrgica con ocasión a dicho diagnóstico³³.

En el otro extremo, se ubica la persona que por vía de concurso de méritos fue nombrado en propiedad en el cargo ocupado por la actora.

Surgen entonces dos interrogantes a partir del escenario propuesto:

- ¿El retiro del servicio fue debidamente motivado? y
- ¿El principio del mérito, como máxima que orienta el acceso al empleo público, prevalece sobre la estabilidad laboral reforzada a favor del empleado provisional con incapacidad médica según su grado de discapacidad?

Como respuesta a los interrogantes señalados, para el Despacho es claro que el acto demandado y por ende el retiro del servicio cuestionado, se fundó en causal objetiva.

Aunque la parte actora aduce que hubo falsa motivación, se considera que en estricto sentido no existió, por cuanto a partir de la lectura del acto acusado, se aprecia que la desvinculación obedeció al nombramiento en propiedad de la persona que había superado el concurso de méritos previamente adelantado.

³² Ver Documento No. 01 expediente digital, pagina 40.

³³ Ver Documento No. 01 expediente digital, pagina 26.

Incluso, si la falsa motivación como cargo de nulidad refiere la carencia de hechos determinantes para expedir el acto, en este caso, no se aprecia que se adolezca de dicha falencia, en cuanto se reitera, está probado que la declaratoria de insubsistencia devino del nombramiento por concurso de méritos, para dicho momento en periodo de prueba y el acto acusado hizo expresa tal motivación, la cual no resulta falsa.

En ese orden, si bien el acto demandado se fundamentó en una causal objetiva de retiro, tal como se reseñó en líneas anteriores, debe analizarse que el reconocimiento de un derecho no sacrifica o restringe otro igualmente válido. En otras palabras, la efectividad de una prerrogativa no puede ir en menoscabo de los derechos Constitucionalmente amparados³⁴.

Por tales razones, es claro que, si bien al Jaime Estepa Garces le asistía legítimo derecho, en punto de mérito, en acceder al empleo público en el cual fue nombrado y en reemplazo de la demandante, dada la incapacidad medica registrada por la accionante y vigente al momento del retiro, la hacía sujeto de especial protección, evento en el cual, se debía observar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según el cual:

"... ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)"**

La exigencia contenida en la disposición en cita, implica una obligación previa a cargo del empleador, consistente en obstaculizar vínculo laboral o de despedir por razón de la limitación. Salvo autorización de la Oficina de trabajo.

En criterio del Juzgado ninguna de las dos (2) acepciones de la norma aplica al caso que nos ocupa, por cuanto no se obstaculiza la vinculación de la accionante, ni se la retira por motivo de su estado de salud no adecuado. Se insiste en que el motivo es claramente definido por la necesidad del servicio de vincular a quien ganó el concurso. Es decir, la causa legal de retiro fue elevada a norma que no contempla esa posibilidad.

El SENA conocía de antemano la enfermedad padecida por parte de la demandante, puesto que a través de oficio radicado No. 1-2-032907 del 11 de septiembre de 2018, la misma le puso en conocimiento su diagnóstico³⁵ teniendo como antecedente importante, que fue la misma entidad demandada quien a través de Circular No. 3-2018-00159 del 07 de septiembre de 2018 brindó pautas para que las personas en condición especial que ocupaban cargos en provisionalidad, acreditaran tal circunstancia³⁶.

³⁴ Sentencia No. T-425/95.

³⁵ Ver Documento No. 01 expediente digital, pagina 24.

³⁶ Ver Documento No. 01 expediente digital, pagina 22-23.

8.1.4. NO SE PROBÓ LA CONDICIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA O DEFICIENCIA DE SALUD QUE IMPLICARA POSIBILIDAD DE ESTABILIDAD FORZADA

Verificado el material probatorio, no se acredita ninguna actuación por parte del SENA dirigida a concretar acciones afirmativas en favor de la condición de salud de la trabajadora, de quien se reitera, probó padecer enfermedad como antecedente a su desvinculación, y solicitó se considerara su situación ante la demandada, por resultar inminente el nombramiento de quien debía reemplazarla.

No obstante, tampoco se verifica que la demandante estuviera en condición de salud que impidiera que el retiro se hiciera efectivo.

En efecto, si examinamos los antecedentes médicos que precedieron el retiro de la accionante, estos se limitan al informe brindado por la señora ROSALBA OCHOA RODRÍGUEZ ante el SENA para septiembre 11 de 2018, que acompañó de su Historia Clínica, en el sentido de que tenía pendiente una intervención quirúrgica de REEMPLAZO PROTÉSICO DE HOMBRO IZQUIERDO dado su diagnóstico de ARTROSIS GLENOHUMERAL IZQUIERDA – MANGITO ROTADOR (folios 24, 25, 26, 27, 31. 37, 38, 40 – 43 del Archivo No. 1).

No aparece evidencia de pérdida de incapacidad laboral superior al 5 % y hasta el 50 % o que supere el 50 % (permanente o por invalidez).

Aunque se evidencia la permanencia de la accionante en la entidad durante un lapso considerable de tiempo, no se mencionan situaciones adicionales que permitan evidenciar que adicionalmente al retiro generado a partir de abril 1 de 2019³⁷, fuere preciso para el empleador impulsar medidas de protección o estabilidad reforzada, al margen de que el retiro se haya producido durante el período de incapacidad médica, que durante el lapso de tiempo mencionado fue cubierto por la EPS SANITAS³⁸ / ³⁹.

El Despacho destaca que la adopción de acciones afirmativas no se antepone o desconoce el principio de mérito, sino que procura un punto medio o balance entre la colisión de derechos ya referida con antelación. Frente a ello, incluso la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2017⁴⁰, precisó la necesidad de proteger un estado de debilidad manifiesta en los siguientes términos:

"... El derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica de los trabajadores que ostentan una condición de debilidad manifiesta, tales como las madres o padres cabeza de familia, los que estén próximos a pensionarse, o los que se encuentren en situación de discapacidad o su estado de salud no sea óptimo⁴¹"

³⁷ Ver Documento No. 01 expediente digital, pagina 58.

³⁸ Ver Documento No. 01 expediente digital, pagina 26.

³⁹ Ver Documento No. 01 expediente digital, páginas 27 y 31.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN Número único de radicación: 08001-23-33-000-2021-00553-01.

⁴¹ En relación con los trabajadores que no gozan de un estado de salud óptimo, esta Sala refiriéndose a la Sentencia T-320 de 2016, adujo que tales personas deben ser protegidas por el Juez Constitucional, en virtud de su derecho a gozar de una estabilidad laboral reforzada, con el fin de garantizar que no sean despedidas con ocasión de su enfermedad. Para

“En contraposición al derecho a la estabilidad reforzada, se encuentran los derechos derivados de la carrera administrativa, que garantizan que una persona que hubiese cumplido los requisitos y condiciones fijadas en la ley en relación con el mérito y calidad de los aspirantes, pueda acceder a los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Su retiro, solamente se justifica por la calificación no satisfactoria en el desempeño del cargo, por violación al régimen disciplinario y por las demás causales que prevea la Constitución y la Ley.”

“...La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y esta Sala ha sido clara en establecer que, **en los eventos en que un cargo de carrera ofertado está provisto en forma provisional por una persona en condición de debilidad manifiesta, el retiro del servicio de esta última a causa del nombramiento de quien aprobó todas las etapas del concurso de méritos, se encuentra claramente justificado,** pues es evidente que el retiro del funcionario obedeció a una causal objetiva expresamente consagrada en la Ley y no con ocasión de su condición de debilidad.”

“Sin embargo, también se ha señalado que pese a lo anterior, en atención al derecho a la igualdad y al principio de solidaridad, al Estado le asiste la obligación de adoptar medidas de diferenciación positiva a efectos de que las personas que ostenten cargos de carrera en provisionalidad y se encuentren en debilidad manifiesta, sean los últimos en ser desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados, pues existe una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo y la garantía de sus derechos fundamentales, como el mínimo vital y la igualdad ...”

Conforme a la postura señalada, si bien el titular del cargo de carrera tiene un mejor derecho frente a aquel que se encuentra vinculado en provisionalidad y bajo una situación de debilidad manifiesta, la Administración debe procurar un especial trato hacia este y, en tal entendido, adoptar las medidas que tenga a su alcance para garantizar el derecho a la igualdad y al principio de solidaridad.

Aunque la estabilidad laboral⁴² de los empleados provisionales es intermedia o relativa, tratándose de personas en condición de debilidad manifiesta, verbigracia en condición de discapacidad o con afecciones de salud, se les debe dar un trato diferenciado bajo enfoque de derechos; condición de salud e incapacidad médica que no se prueba, al margen de estar incapacitada al momento de enfrentar su desvinculación y del deber que le asistía eventualmente a la entidad demandada de brindarle protección especial⁴³.

La omisión en tal sentido no vicia el acto acusado **porque no se probaron las condiciones especiales requeridas, ni que la atención por parte de la EPS no fuera suficiente para atender el estado de salud e incapacidad médica de la accionante, es decir que se podía desvincular a la demandante, sin acudir previamente a acciones afirmativas**⁴⁴.

el efecto, véase la sentencia de 23 de febrero de 2017 (Expediente núm. 2016-05172. Consejera ponente María Elizabeth García González.)

⁴² Sentencia T-326 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. (...) Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

⁴³ Anexo 17 del expediente digital.

⁴⁴ **Ver sentencia T-397 de 2004.** De manera más concreta, las medidas afirmativas sobre la población discapacitada deben desarrollarse con base en los siguientes lineamientos establecidos en la jurisprudencia constitucional: “(a) la igualdad de

Es cierto que el empleador debe procurar las alternativas administrativas a su alcance (acciones afirmativas) en aquellos eventos donde se identifiquen en la planta de personal, empleados nombrados en provisionalidad con protección laboral reforzada⁴⁵, por ejemplo, en condición o pleno periodo de incapacidad médica, que de lugar a pérdida de capacidad laboral parcial o definitiva, siendo claro que para dichos casos la desvinculación no procede *de facto*, sino que antecede la adopción de medidas que procuren la protección laboral, no apuntando a la permanencia indefinida en el empleo cuya provisión corresponda a través del sistema de carrera, sino la posibilidad de extender la consecución de bienes y servicios en forma digna.

Aunque la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-556 de 2014 autoriza la indemnización con ciertos límites a favor de servidores provisionales que deban ser retirados en ejercicio de cargos en provisionalidad, el principio no es absoluto, sino que solo se ampara a quienes estén en condición de debilidad manifiesta, ello no aplica a situaciones de incapacidad médica que deba cubrir la EPS, tanto en el tiempo, como durante el tratamiento correspondiente,

*"... 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."*

Así las cosas, no procede la orden de reintegro sin solución de continuidad de la demandante, al estar documentado en el plenario, que el cargo ocupado en provisionalidad por la actora ha sido provisto en propiedad, previo concurso de méritos⁴⁶.

Tampoco la incapacidad porque esta es cubierta por la EPS, en cuanto se reitera que según las reglas fijadas para el efecto por la Corte Constitucional en Sentencia T 20 de 2021:

derechos y oportunidades entre las personas con discapacidad y los demás miembros de la sociedad, con la consiguiente prohibición de cualquier discriminación por motivos de discapacidad, (b) el derecho de las personas con discapacidad a que se adopten todas las medidas necesarias para poder ejercer sus derechos fundamentales en pie de igualdad con los demás, y (c) el deber estatal correlativo de otorgar un trato especial a las personas con discapacidad.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) CONJERERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN Número único de radicación: 08001-23-33-000-2021-00553-01. "La protección de la estabilidad laboral reforzada consiste, de una parte, en el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas administrativas o legislativas que atenten contra el principio de igualdad de trato y, de otra, impulsar acciones afirmativas orientadas a proteger a las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, **personas con discapacidad** o diversidad funcional u otras personas en estado debilidad manifiesta, tales como, **garantizar el derecho a no ser despedido por causa de la situación de vulnerabilidad, a que la permanencia en el empleo pueda darse hasta que se configure una causal objetiva que imponga la terminación del vínculo y a que la correspondiente autoridad laboral autorice el despido.**"

⁴⁶ Anexo 33 del expediente digital.

El auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador y el de su familia durante el tiempo en el que sus condiciones de salud le impiden prestar sus servicios. Igualmente este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por reintegrarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de percibir un salario. El pago corresponde según el origen de la enfermedad común a la Empresa Prestadora de Salud EPS; profesional a la Administradora del Riesgo Laboral, NO AL EMPLEADOR.

Por tanto, la obligación de pagar a la demandante los salarios y las prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, no puede aplicar para el caso materia de estudio.

9. IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE LAS DEMÁS PRETENSIONES

Ahora, la parte actora pretende que se condene a la entidad demandada a pagar la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías en los términos de la Ley 1071 de 2006.

Se parte de la base que con el reconocimiento indemnizatorio no se está creando la ficción, como si la demandante hubiera permanecido vinculada al cargo en el lapso comprendido entre su retiro y el momento que judicialmente se definió su situación, al no ser así, es claro que en dicho interregno naturalmente la actora no prestó sus servicios, presupuesto factico necesario para que se causen cesantías a cargo del empleador, con la correspondiente obligación de liquidarlas anualmente y consignarlas al fondo respectivo oportunamente so pena de incurrir en sanción mora.

Entonces, aducir que hubo mora en el pago de cesantías desde el retiro de la demandante hasta que judicialmente se resolvió la controversia, implicaría aceptar que la actora prestó sus servicios o permaneció vinculada al cargo, cuando no fue así y se reitera, el monto indemnizatorio por concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir no avala o habilita suponer ficción alguna como se menciona anteriormente, por ende, no puede afirmarse que hubo mora por parte de la entidad accionada en el pago de emolumentos, concretamente de las cesantías y que por ende, deba reconocerse la sanción moratoria que trata la ley en cita. De manera que, habrá de despacharse desfavorablemente dicha pretensión.

Finalmente, respecto al argumento de la parte actora conforme al cual no podía retirarse a la demandante dado que se encontraba amparada con fuero sindical, no es de recibo el mismo, ya que el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, señala que:

"... ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

"24.1. Cuando no superen el período de prueba.

"24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

"24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito ..."

Por otra parte, el orden de protección previsto en el artículo 2.2.5.3.2, parágrafo 2º del Decreto 1083 de 2015, tiene lugar en aquellos eventos en que la lista de elegibles como resultado del proceso de selección adelantado, esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, en contraste, reposa en la actuación certificación de fecha 17 de agosto de 2021, expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión de Talento Humano del SENA⁴⁷, en la cual consta que para el momento que fue retirada la demandante del servicio, el único empleo ofertado en el área temática de emprendimiento era el cargo ocupado por la actora y había lista de elegibles con número mayor de aspirantes, razón por la cual, no se configura el presupuesto establecido en la norma en cita para acudir al orden de protección indicado en la norma referida.

Con todo, tal argumento deviene en impróspero considerando que el 02 de agosto de 2021⁴⁸, el Ministerio de Trabajo certificó quienes integran la junta directiva el sindicato de trabajadores del SENA, dentro de los cuales no milita la demandante.

10. Condena en Costas

Esta instancia no condenará en costas, atendiendo a que el artículo 188 del C.P.A.C.A., no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, LIQUIDAR las costas y ARCHIVAR el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE⁴⁹, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

⁴⁷ Expediente digital – documento No. 33.

⁴⁸ Expediente digital – documento No. 30.

⁴⁹ **Parte demandante:** cabezasabogadosjudiciales@outlook.es, notificacionesjudiciales@icabezasabogados.com

Parte demandada: pmantillas@sena.edu.co, servicioalc Ciudadano@sena.edu.co

Ministerio Público: zmladino@procuraduria.gov.co

Expediente No. 2019-00445

Demandante: Rosalba Ochoa Rodríguez

Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

Providencia: Sentencia de Primera Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

C. E. P. A. / C.P.N.C.

Firmado Por:

Carlos Enrique Palacios Alvarez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

047

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **71a3815776bd01393db299589066f977b0d234b3d02038f211c4239cb6d88e48**

Documento generado en 16/05/2023 02:54:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>