

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
SALA DE ORALIDAD
M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-005-2013-00314-02
Demandante: Mariela Amparo Roa Cruz
Apoderado: Juan Carlos Castaño
Demandado: Municipio de San Antonio
Apoderado: Adolfo Bernal Díaz
Tema: Insubsistencia de provisional

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra el fallo proferido el 29 de marzo de 2019 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, por medio del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora Mariela Amparo Roa Cruz¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra el Municipio de San Antonio (T), a fin de que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

“2.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 0230 y 0262 ambas de 2012 proferidas por el municipio de San Antonio-Tolima y como consecuencia de la nulidad se ordene el restablecimiento del derecho.

*2.2. Que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, en calidad de restablecimiento del derecho, ordenar el reintegro de la señorita **MARIELA AMPARO ROA CRUZ**, al cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO, NIVEL A, CODIGO 407, GRADO 02**, adscrito a La Secretaria Municipal de Planeación de la Administración Central de la entidad territorial accionada o a otro cargo similar o de mejor categoría.*

2.3. Si al momento del fallo debidamente ejecutoriado, el cargo que ocupaba mi poderdante, se encuentra suprimido o no exista en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba la demandante al momento de la desvinculación, se fije por parte del juez una indemnización compensatoria en los términos del artículo 189 inciso 7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.4. Que a título de restablecimiento se reconozca a favor de mi mandante, y se ordene pagar a la entidad demanda las sumas que resulten por concepto de salarios, primas, reconocimientos, bonificaciones, subsidios, vacaciones,

¹ A través de apoderado judicial.

quinquenios, sanción moratoria por no pago de cesantías, aumentos legales y -extralegales, prestaciones sociales insolutas dejadas de percibir desde que produjo efectos la declaración de terminación de la vinculación en el cargo que ejercía mi poderdante, hasta la fecha en que se produzca su reintegro, al igual que los demás emolumentos que se hubieren podido causar en ese periodo.

2.5. *Que en sentencia se declare que no ha existido solución de continuidad en las labores, para todos los efectos legales y prestacionales de **MARIELA AMPARO ROA CRUZ**.*

2.6. *Que en la sentencia se adopte en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

2.7. *Que se condene en costas al municipio de San Antonio, en los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

2.8. *Que se ordene, para el cumplimiento de la sentencia, dar aplicación al artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (...)*

2.9. *Ordenar a la entidad demandada, reconocer sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, los ajustes del valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.*

2.10. *Que se condene al municipio de San Antonio al pago de perjuicios morales por los sufrimientos padecidos por La demandante, suma que corresponde al máximo en salarios mínimos legales mensuales vigente, que al momento del fallo reconozca la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.” (sic) (Negrilla y mayúsculas sostenidas del texto original)*

1.1.2. Hechos

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado judicial de la parte actora, así:

Por medio de la Resolución 029 del 15 de marzo de 2004, emanada del alcalde municipal de San Antonio, se nombró a la señora Mariela Amparo Roa Cruz, para ejercer el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 550, Grado 01, adscrito a la Secretaría Municipal de Planeación.

La accionante tomó posesión del cargo el 16 de marzo de 2004, según consta a folio 167 del libro de actas de posesiones de la alcaldía municipal demandada.

La planta de personal del ente demandado fue reformada tal como se desprende de los Decretos 077, 078, 079 y 080, todos del 28 de febrero de 2009, emanados de la administración municipal de San Antonio.

A través de la Resolución 611 del 28 de febrero de 2009, la accionante fue incorporada a la nueva planta de personal para ejercer el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 470, Grado 05, adscrito a la Secretaría Municipal de Planeación.

Mediante la Resolución 0230 del 20 de septiembre de 2012 se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 470, Grado 05, adscrito a la Secretaría Municipal de Planeación.

Contra la decisión anterior se interpuso de recurso de reposición que fue resuelto desfavorablemente a través de la Resolución 0262 del 19 de octubre de 2012, notificado personalmente el 25 de igual mes y año.

El servidor nombrado para reemplazar en el cargo a la accionante no reunía los requisitos establecidos en el manual de funciones.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

No evocó normas violadas.

Por concepto de violación, expuso que los actos administrativos demandados están afectados de falsa motivación y desviación de poder.

1.2. Contestación de la demanda

El Municipio de San Antonio expresó oposición a las súplicas de la demanda por cuanto el acto demandado que declaró la insubsistencia de la accionante fue debidamente motivado.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 29 de marzo de 2019, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“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 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 tákense. Se fijan como agencias en derecho, la suma de \$850.000 mil pesos M/Cte.

OCTAVO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda. (...)” (sic)

La decisión antepuesta se sustenta en las siguientes consideraciones:

“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” (FI: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; 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 (FI. 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 (FI. 309 envés).

(...)

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 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, (...)

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 forzoso⁹ y debe ponderarse si esta cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios.” (sic)

1.4. El recurso de apelación

1.4.1. La entidad demandada

Expreso disconformidad con el fallo de primera instancia, por las siguientes razones: (i) “(...) *el acto de declaración de insubsistencia (...) expuso diversos argumentos, y entre ellos la no necesidad de motivar el acto (...)*”; (ii) está probado en el proceso el mejoramiento del servicio con la insubsistencia de la demandante, pues, sus sucesores en el cargo acreditaron “(...) *mayores conocimiento(s) académicos y de experiencia (...)*”; (iii) la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, “(...) *que esta aparejada al mejoramiento del servicio, situación que efectivamente se concreta al nombrar con posterioridad a quienes tienen amplios conocimiento profesionales y experiencia para desempeñar el empleo ocupado por la demandante (...)*”; y (iv) “(...) *el buen desempeño en el cargo no implica per se, que deba darse un tratamiento especial al funcionario, pues es obligación de todo servidor público desempeñarse de manera óptima en el cargo donde ha sido nombrado (...)*”, así que en el presente asunto existe “**AUSENCIA DEL FUERO DE ESTABILIDAD DEL DEMANDANTE**”.

1.4.2. La parte actora

Aunque fue favorecida con la decisión de primera instancia, formuló recurso de apelación, para que, primero, se reconozca por período de indemnización todo el tiempo que estuvo fuera del servicio, esto es, seis (6) años y (6) meses, y no como lo dispuso la primera instancia; y, segundo, expresó que la orden relacionada con el pago de la indemnización no puede dejarse a discrecionalidad de la demandada, sino que debe concretarse cuál es el tiempo a reconocerse por salarios y prestaciones dejadas de percibir a título de restablecimiento del derecho, que en todo caso debe fijarse en el tope máximo de 24 meses.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

La **parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en intervenciones anteriores.

La **demandante** se abstuvo de presentar el escrito contentivo de sus alegaciones finales, y el representante del **Ministerio Público** de emitir el concepto respectivo.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. Competencia

Le asiste competencia al Tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, esta Sala se ceñirá a lo preceptuado en el artículo 328 del Código General del Proceso, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.4. Problemas jurídicos a resolver en segunda instancia

En los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- ¿Existió falsa motivación del acto demandado en el que se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante?
- El nombramiento en el cargo que venía ocupando la demandante por una persona con mejor perfil académico y experiencia, que permite una mejor efectividad del servicio por parte del municipio demandado, ¿constituye una justa causa para dar por terminado el nombramiento de la actora como empleada en provisionalidad?
- De confirmarse la decisión de primera instancia que accede parcialmente a pretensiones de la demanda, se determinará si es posible ordenar, a título de restablecimiento del derecho, el pago del tope máximo previsto a título de indemnización por los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo no laborado por la demandante.

2.5. Análisis de la Sala

2.5.1. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, arrojado oportunamente por las partes, y que, en ningún momento fue desconocido o tachado, se encuentra acreditado lo siguiente:

- A través del Decreto 029 del 15 de marzo de 2004, expedido por el alcalde de San Antonio, se nombró en provisionalidad a la señora Mariela Amparo Roa Cruz, para ejercer el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 550, Grado 01, adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la administración central municipal (folio 12). De acuerdo con el acta obrante a folio 13, la demandante tomó posesión del mentado cargo el 16 de marzo de 2004.
- Según el Decreto 010 del 01 de febrero de 2008, el alcalde municipal de San Antonio 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 (folio 155).
- Conforme a la Resolución 611 del 28 de febrero de 2009, el alcalde municipal de San Antonio 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 Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio citado, en provisionalidad (folios 14 al 17).
- Mediante el Decreto 077 del 28 de febrero de 2009 el Municipio de San Antonio estableció la estructura orgánica de la administración municipal (folios 26 al 73).
- 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 Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio (folio 153).

- Mediante el 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 el Decreto 010 del 01 de febrero de 2008 (folios 156 al 157).
- Con la Resolución 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 de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 407, Grado 02, adscrita a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de ese municipio (folios 4 al 6). Las consideraciones expuestas en este acto:

*“Que mediante Decreto No.029 Marzo 15 de 2004 se nombra provisionalmente a la señora **MARIELA AMPARO ROA CRUZ** identificada con Cédula de Ciudadanía No. 28.929.385 de San Antonio (Tol), en el cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO NIVEL A CODIGO 550 GRADO 01** adscrito, a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la Administración Central Municipal, del cual tomo posesión el día 16 de Marzo de 2004, según consta en el folio 167 del Libro de Actas de posesiones de la Alcaldía Municipal 2001 - 2008.*

*Que atendiendo las facultades extraordinarias conferidas por el Honorable Concejo Municipal mediante Acuerdo Número 002 Enero 24 de 2009 y las contenidas en la Ley 909 de 2004, Estatuto vigente para la época que regula las disposiciones sobre Carrera Administrativa, previo Estudio Técnico de. Reestructuración; el Alcalde Municipal expide los Decretos **077** Febrero 28 de 2009 relativo a la Estructura orgánica **078** Febrero 28 Escalas de Remuneración y los Grados Salariales de las diferentes Categorías de Empleos **079** Febrero 28 de 2009 Planta de Cargos Administración Central Municipal y **080** Febrero 28 de 2009 Por medio del cual se Ajusta el Manual de Funciones y Requisitos así como las Resoluciones **610** Febrero 28 de 2009 Por medio de la cual se Distribuyen los Empleos de la Planta de Personal y **611** Febrero 28 de 2009 Por medio de la cual se hace la Incorporación de los Funcionarios a la Nueva Planta de Empleos de la Administración Central Municipal.*

*Que según consta en Resolución No. 611 del 28 de Febrero de 2009 la señora **MARIELA AMPARO ROA CRUZ** identificada con Cédula de Ciudadanía No. 28.929.385 de San Antonio (Tol) fue incorporada a los Planta de Cargos establecida mediante Decreto No. 079 Febrero 28 de 2009 en el cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO NIVEL A CODIGO 407 GRADO 02** adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la Administración Central Municipal, del cual tomó posesión el día 24 de Abril de 2009 según consta en el folio 66 del Libro de Actas de posesiones de la Alcaldía Municipal.*

*Que mediante oficio de fecha Abril 24 de 2009 el Alcalde Municipal remite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el Formato No. 002 Remisión de Información de los Requisitos y Perfiles de Competencias de los Empleos Vacantes de la Administración Central Municipal de San Antonio (Tol); de conformidad con los parámetros establecidos en el Artículo 10 del Decreto 2539 de 2005; entre otros, el de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO NIVEL A CODIGO 407 GRADO 02** adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la Administración Central Municipal del cual es titular la señora **MARIELA AMPARO ROA CRUZ**.*

*Que mediante Resolución No. 2632 del 9 de Septiembre de 2010 la Comisión Nacional del Servicio Civil declara desierto el concurso para algunos empleos ofertados en la Convocatoria No. 001 de 2005 para los cuales ningún concursante se inscribió, entre otros, para el cargo de **AUXILIAR***

ADMINISTRATIVO NIVEL A CODIGO 407 GRADO 02 del Municipio de San Antonio (Tol) debiendo ser provistos en los términos del Artículo 7 del Decreto 1227 de 2005.

Que frente a los nombramientos en provisionalidad el Consejo de Estado, máximo Tribunal en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha manifestado, entre otros pronunciamientos, en Sentencia del 21 de Agosto de 2008, con Ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, de la Sección Segunda - Subsección B lo siguiente: "(...) En materia de nombramiento en provisionalidad reitera la Sala que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, pudiendo el nominador dar por terminada la relación laboral incluso antes del vencimiento del periodo de la misma"; y sobre el efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo, precisó en Sentencia de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro: "...Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

Que teniendo en cuenta que la vinculación la señora MARIELA AMPARO ROA CRUZ identificada con Cédula de Ciudadanía No. 28.929.385 de San Antonio (Tol) en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO NIVEL A CODIGO 550 GRADO 01 y posteriormente incorporada en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO NIVEL A CODIGO 407 GRADO 02 adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la Administración Central Municipal se hizo a través de un nombramiento provisional, éste 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; y en virtud de la declaratoria de desierta la Convocatoria No. 001 de 2005 para el cargo del cual es titular y de 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, en el sentido que estas modalidades de vinculación no generan ningún fuero de estabilidad, pues en el caso de los nombramientos en provisionalidad se ha dicho que se trata de nombramientos esencialmente temporales y precarios, se procederá conforme a su retiro del servicio." (sic) (Negritas y mayúsculas sostenidas del texto original)

- La demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, despachado desfavorablemente a través de la Resolución 0262 del 19 de octubre de 2012, suscrita por el alcalde municipal de San Antonio (folios 8 al 10). Los considerandos de esta decisión:

"(...) Que el Municipio de San Antonio es conocedor de lo que sobre el tema han dispuesto las altas cortes y en observancia a ello, se permitió motivar debidamente la Resolución objeto del recurso mediante la cual justificadamente optó por su desvinculación.

(...) Que en principio, la recurrente fue vinculada legal y reglamentariamente a la Administración Municipal de San Antonio, mediante Decreto No. 029 de 15 de marzo de 2004, y acta de posesión de 16 de marzo de 2004, en PROVISIONALIDAD, en el cargo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO NIVEL A CÓDIGO 550 GRADO 01, adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura de la Administración Central Municipal." (sic) (Mayúsculas sostenidas propias del texto)

- En la Resolución 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, que ostentaba la aquí demandante (folios 228 al 229).

- Mediante la Resolución 109 del 28 de diciembre de 2012, el alcalde aceptó la renuncia de la señora Yulissa Gallego al cargo en comento, con efectos a partir del 30 de diciembre de 2012 (folio 231).
- A través del Decreto 05 del 15 de enero de 2013, el alcalde de San Antonio nombró en provisionalidad al señor Norberto Martínez para ejercer el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Grado 02, adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura, tomando posesión el mismo día (folios 212 al 214).
- La hoja de vida de la señora Yulissa Gallego 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 (folios 131 al 145).
- La hoja de vida de la señora Mariela Roa Cruz permite establecer que es profesional en salud ocupacional y cuenta con 12 años y 3 meses de experiencia laboral (folios 147 al 149).
- La hoja de vida del señor Norberto Martínez acredita que éste 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 (folios 183 al 210).
- 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 (folios 152).
- Según la Resolución 0117 del 02 de mayo de 2013, el alcalde municipal de San Antonio reconoció a la señora Mariela Amparo Roa Cruz acreencias laborales (folios 163 al 166).
- Conforme a la 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 Secretaría de Planeación e Infraestructura estuvo vacante (folio 175).

2.5.2. Marco jurídico

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados en esta providencia, es necesario analizar las diferentes formas de vinculación laboral con el Estado que regula el ordenamiento jurídico, ya que esto es lo que determina el mecanismo de ingreso a la función pública, la posibilidad de ascenso, de estabilidad, y la forma de terminar la relación laboral.

El artículo 123 y 125 de la Constitución Política, indica:

“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.

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. (...)

- Nombramiento en provisionalidad y duración

El artículo 21 de la ley 909 de 2004, permite a los organismos y entidades nombrar personal en sus plantas de manera temporal o transitoria, siempre y cuando se cumplan con unas condiciones, así:

"ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL

(...)

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

(...)

4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Numeral adicionado por el artículo 6 del Decreto Ley 894 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El nombramiento en

los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado. (...)”

Los artículos 24 y 25 de la misma ley, regula lo relacionado con los nombramientos en encargo y provisionalidad, así:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera. (...)”

Por su parte, el artículo 41 ibídem, establece las causales de retiro del servicio de los empleados públicos, de la siguiente manera:

“(...) 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) **INEXEQUIBLE**. Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia C-501 de 2005.*

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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; Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 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 1. INEXEQUIBLE. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

PARÁGRAFO 2. 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 (...).

El Decreto reglamentario 1227 de 2005², en relación con la figura de la provisionalidad para proveer empleos de carrera señaló:

“Artículo 8°. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba. (Aparte tachado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012)”
(...)

ART. 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

² Vigente para el momento en que ocurrió la declaratoria de insubsistencia de la demandante.

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.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente, decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

*ART. 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.***” (Negrilla fuera de texto)

Como se tiene de las normas expuestas, la motivación del acto que disponga el retiro del servicio de un funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera es requisito de su esencia, de tal manera que la falta de tal exigencia constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

- **Motivación actos de retiro de nombramiento provisionales**

Frente al tema de los empleados provisionales la posición del Consejo de Estado no siempre ha sido uniforme, al interior de la Sección Segunda ha existido dualidad de posiciones al respecto, pues, mientras la Subsección “A” sostenía que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad debe motivarse³, así sea sumariamente, la Subsección “B” afirmaba que tal decisión no requería motivación⁴.

Lo anterior, llevó a la unificación del criterio de la Sección Segunda en la sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso No. 1834-01, con ponencia del magistrado Tarsicio Cáceres Toro, providencia que sostuvo que a los funcionarios provisionales los rodea un “doble fuero de inestabilidad”, de una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido pacífica, y en varias sentencias de unificación ha establecido que la ausencia de motivación del acto administrativo que retira a un empleado público de un cargo de carrera en provisionalidad da lugar a su nulidad, por tratarse de una violación del debido proceso, ya que la naturaleza del cargo (carrera administrativa) le reconoce una estabilidad relativa que en caso de desvinculación le concede el derecho a conocer las razones en que se funda dicha decisión.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU 053 de 2015, dispuso:

*“(…) 26. En efecto, en la reciente sentencia de unificación **SU-556 de 2014**⁵, la Corte reiteró, en concordancia con los anteriores pronunciamientos, que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ocupado un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva su nulidad, con fundamento en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo⁶. **Bajo esa premisa esta Corte ha sostenido que el “desconocimiento del deber de motivar el acto, es una violación del***

³ Ver entre otras, Sentencia del 20 de junio de 2002 siendo Consejera Ponente la doctora Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 22 de agosto de 2002, C. P. Alberto Arango Mantilla.

⁴ Ver entre otras, Sentencia de julio 19 de 1993, en la que fuera Consejera Ponente la doctora Clara Forero de Castro

⁵ M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶ “*son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.*”

debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación”.⁷

27. Específicamente sobre el deber de motivación de los actos administrativos sostuvo la sentencia referida que:

i. El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

ii. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.

iii. El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.

iv. Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa⁸.

28. En ese orden de ideas, **los servidores que ostentan en provisionalidad cargos de carrera, no son destinatarios del derecho de estabilidad indiscutible de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se concluye una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, “al declararse insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que conducen a su retiro, las cuales deben relacionarse con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación de los derechos a la estabilidad laboral y al debido proceso, y a los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública”**⁹.

29. A su turno, la precitada sentencia **SU-556 de 2014** unificó la posición de esta Corporación, en torno a las medidas de protección que deben adoptarse, cuando se desvincula sin motivación a un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera. De hecho, luego de un recuento jurisprudencial, mantuvo invariablemente la regla conforme a la cual, lo que procede en estos casos, es ordenar la nulidad del acto de retiro, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. (...)” (negrilla fuera de texto)

2.5.3. Caso concreto

En este asunto, la parte demandante pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 0230 y 0262 de 2012, proferidas por el alcalde de San Antonio, mediante las cuales se declaró su

⁷ Cfr. Párrafo 5.4.2.

⁸ Cfr. Párrafos 3.4.1, 3.4.2 y 3.4.3.

⁹ Cfr. Párrafo 3.5.10.

insubsistencia en el cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel A, Código 407, Grado 02, adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura del ente territorial, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando en el momento de la desvinculación o a otro de igual o mayor jerarquía y a reconocerle y pagarle todo lo dejado de percibir, sin solución de continuidad.

El juzgado de instancia, declaró la nulidad de los actos acusados por considerar que no fueron motivados en debida forma, pues, no se efectuaron consideraciones precisas respecto a los motivos por los cuales la labor de la actora afectaba la prestación del servicio.

El municipio demandado formuló recurso de apelación contra la decisión anterior insistiendo en que los actos anulados fueron suficientemente motivados, aun cuando no existía la necesidad de motivarlos; señaló que en el plenario se encontraba acreditado que los sucesores de la demandante tenían mejor perfil académico y experiencia, lo que permitió una mejor efectividad del servicio por parte de la entidad; sostuvo que el buen desempeño laboral de la accionante no concede fuero de estabilidad laboral, ya que es obligación de todo servidor público desempeñarse de manera óptima en el cargo donde ha sido nombrado; con todo, coligió que en el presente asunto no se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados.

Bien, traídas las consideraciones en que se funda la expedición de las Resoluciones 0230 del 20 de septiembre de 2012 y 0262 del 19 de octubre de igual año, en el acápite de hechos probados, se tiene que le asiste razón a la parte demandante en cuanto a que la motivación no da a conocer las razones específicas que conducen a su retiro, pues sólo refiere que su nombramiento en provisionalidad superó el tiempo de duración estipulado en las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004¹⁰.

En este sentido, se debe recordar que para el retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad como es el caso de la demandante, el acto administrativo que contenga tal decisión, debe fundarse en razones suficientes, como es 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 concreto¹¹.

Sin embargo, en el acto demandado de insubsistencia, se plasmaron razones concernientes a la supuesta superación del tiempo autorizado en la ley para la provisión de empleos provisionales, lo cual no es de recibo, por cuanto desconoce que su durabilidad, en últimas, está sujeta a la provisión del empleo a través de concurso de mérito.

Los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, vigentes para la época de los hechos, establecen que:

“Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la

¹⁰ Folios 7 al 9.

¹¹ Corte Constitucional, SU-917 de 2010.

norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Artículo 25. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

Las normas que se han transcrito, tienen vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.

Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. **Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad**, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación¹².

Por tanto, en este asunto se aplicará la tesis fijada por la Corte Constitucional¹³, en la que se indicó que:

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

¹² Sentencia SU-559 de 2014.

¹³ Corte Constitucional, SU-917 de 2010.

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”.” (Negrilla fuera de texto)

Lo antepuesto fuera del precedente que ya se trajo en el marco normativo de esta sentencia (SU 053 de 2015).

Entonces, el acto demandado no contiene ninguna de las causales de retiro indicadas anteriormente, pues, aunque se evidencia que la declaratoria de insubsistencia se basó en cumplimiento a un supuesto plazo legal, lo cierto es que del ordenamiento jurídico se tiene que, en caso de vacancia definitiva, como ocurre en el *sub examine*, el nombramiento en provisionalidad, se itera, perdura hasta **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.**

Aunado, la accionada dijo en el recurso que los sucesores de la demandante tenían mejor perfil académico y experiencia para el desempeño del empleo, lo que permitió una mejor efectividad del servicio por parte de la entidad, lo cual tampoco es una razón suficiente para retirar del servicio a ésta último, ya que cuando la jurisprudencia de la Corte constitucional hace referencia a que esto se puede dar cuando existe *“otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”*, se refiere al desempeño en el servicio por parte del empleado nombrado en provisionalidad, sin que se lograra demostrar en este asunto que la accionante prestada de manera deficiente sus servicios, o de manera indebida, o que su perfil académico o profesional no permitía que desarrollara el cargo provisional conforme al manual de funciones.

También sostuvo que a la demandante no le asistía ningún tipo de fuero de estabilidad laboral que hiciera forzosa su continuidad en el empleo, a lo que la Sala refiere que si bien la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa, también lo es que, la misma sí es reforzada, en la medida en que tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, hasta tanto se dé la provisión definitiva de éste por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Por lo expuesto, es claro que sí se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, así que se despachará desfavorablemente el recurso formulado por la parte demandada.

De otro lado la demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, en últimas, porque no concreta la orden frente al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo no laborado, a lo que expresó, primero, que se debía reconocer por todo el tiempo que dejó de ejercer el cargo (6 años y 6 meses) y, de no ser así, que la indemnización a su favor se establezca por el límite máximo de 24 meses.

Frente al particular, la Corte Constitucional que ha indicado¹⁴:

“3.6.3.9. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el

¹⁴ Corte Constitucional SU – 556 DE 2014

derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.
(...)

3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a períodos de varios años, es decir, a períodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

3.6.13.6. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.
(...)

*3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías, advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración, el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.*

El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada “Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006”, la cual, a partir de un análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración, sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este

mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.

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.”

Igualmente, en la tan referida Sentencia SU-053 de 2015, la Corte Constitucional unificó los estándares de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional, y señaló:

"(...) De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la Sentencia SU-556 de 2014, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución.”

En ese sentido, la sentencia SU-053 del 2015, dispuso que, cuando se evidencie la falta de motivación en los actos de retiro discrecional, el operador judicial debe remitirse a la sentencia SU-556 de 2014 para fijar los límites de la indemnización a reconocer en el proceso judicial, con fundamento en el principio de igualdad que, estima, debe primar entre los servidores públicos.

Cabe resaltar que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa frente a la posición que asumió frente a los casos en que se declara la nulidad del acto de retiro de empleados en provisionalidad, y en sentencia SU-354-17, explicó:

"3.1.1 Análisis de los requisitos específicos de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales alegados en el caso de la referencia.

3.1.1.1. Una vez definidos los puntos que hacen procedente las acciones de tutela de la referencia, entra la Sala al análisis de los requisitos especiales de procedibilidad contra providencias judiciales, específicamente el desconocimiento del precedente constitucional, resolviendo los siguientes problemas jurídicos:

Partiendo primero de la jurisprudencia sentada por esta Corporación sobre la materia y, segundo, que en este caso la persona beneficiaria de la condena no debió ser nombrada en provisionalidad sino que hacía parte de la carrera administrativa de la entidad, se debe determinar: (i) ¿si el precedente sobre el asunto constitucional se predica únicamente de las personas vinculadas en provisionalidad, o se aplica a aquellos casos en que la persona beneficiaria del restablecimiento del derecho ostentaba un cargo de carrera administrativa

luego de haber aprobado un concurso de méritos? De ser así, (ii) ¿la decisión adoptada por la autoridad judicial accionada vulnera los derechos de la Fiscalía General de la Nación al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional y a la igualdad en las decisiones judiciales?"
(...)

"3.1.1.2. De acuerdo con lo anterior, es evidente que a diferencia de los asuntos que ha conocido la Corte sobre la materia referentes a personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, el debate en este caso surgió por la legalidad del nombramiento el cual nunca debió ser en provisionalidad sino como un verdadero cargo de carrera administrativa, en tanto el funcionario cumplió y aprobó el concurso de méritos llevado a cabo por la entidad.

A pesar de ello y según lo expuesto, la Sala considera que el precedente constitucional sobre la materia se aplica indistintamente de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera. (...)"

De conformidad con el precedente citado, la indemnización a reconocer debe ser por un término no inferior a seis (6) meses y máximo hasta veinticuatro (24) meses, en virtud de la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en provisionalidad lo que debe generar un restablecimiento del derecho proporcional a dicha circunstancia, porque a los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad permanente de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos. Por esta razón es improcedente el reconocimiento por todo el tiempo que la aquí demandante haya estado cesante.

Empero, revisado el fallo impugnado se observa que el *a quo* ordenó a la demandada *"pagar a la actora a título indemnizatorio, 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, 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."* En este orden, tiene razón la demandante en que no se está fijando puntualmente el período por el cual se le reconocería la indemnización correspondiente al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo no laborado.

Por lo anterior, se modificará la decisión recurrida en punto a la orden de reconocimiento de la indemnización que corresponde al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir por la demandante, fijándose por el período de 24 meses siguientes a la insubsistencia, por falta de prueba del tiempo durante el cual la actora estuvo cesante, empero, se precisa que de esta suma se descontará todo lo que aquella haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a seis (6) meses (regla jurisprudencial fijada en sentencia C-556 de 2014).

2.5.4. Decisión de segunda instancia

Como quiera que el único cargo del recurso que prosperó parcialmente fue el de la parte demandante respecto al período indemnizatorio reconocido por la primera instancia a título de restablecimiento del derecho, se modificará el numeral cuarto del fallo de primera instancia, que quedará así:

"CUARTO: ORDENAR al MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA pagar a la actora a título indemnizatorio, los salarios y prestaciones dejados de percibir durante los veinticuatro (24) meses siguientes a la insubsistencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral,

público o privado, dependiente o independiente haya recibido, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a seis (6) meses. Así mismo, deberá efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral durante el mismo periodo, con las respectivas deducciones de ley.”

En todo lo demás se confirmará la sentencia impugnada proferida el 29 de marzo de 2019 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.6. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.7. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto del fallo de primera instancia, proferido el 29 de marzo de 2019 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, por medio del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, que queda, así:

*“**CUARTO: ORDENAR** al MUNICIPIO DE SAN ANTONIO TOLIMA pagar a la actora a título indemnizatorio, los salarios y prestaciones dejados de percibir durante los veinticuatro (24) meses siguientes a la insubsistencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente haya recibido, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a seis (6) meses. Así mismo, deberá efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral durante el mismo periodo, con las respectivas deducciones de ley.”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá el expediente al Juzgado de origen, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Firmado Por:

Luis Eduardo Collazos Olaya
Magistrado
Oral 001
Tribunal Administrativo De Ibagué - Tolima

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: **33d67d4738876d3651a7fdff725a9e0654f3cc5bce1b434526ba9258a0d7942d**

Documento generado en 24/09/2021 11:20:32 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>