

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Ibagué, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-005-2016-00077-01
Demandante: Reinel Ríos García
Apoderado: Rodrigo Eduardo Angarita
Demandado: Contraloría Municipal de Ibagué
Apoderado: Juan Pablo Espinosa Rodríguez
Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil
Apoderado: Johanna Milena Garzón Blanco
Demandado: Municipio de Ibagué
Apoderado: Renunció
Vinculado: Nhora Claudia Barrero Jiménez
Apoderado: Renunció
Tema: Insubsistencia por nombramiento en carrera

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 18 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Reinel Ríos García¹, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Municipio de Ibagué y la Contraloría Municipal de Ibagué, para que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones:

Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 3633 del 12 de agosto de 2015, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio de la cual se conforma y adopta lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo en carrera denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, de la Contraloría Municipal de Ibagué, *“respecto de la inclusión en lista de elegibles de la profesional Nhora Claudia Barrero Jiménez”* (sic).

Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 209 del 16 de septiembre de 2015, por medio de la cual la Contraloría Municipal de Ibagué, realizó un nombramiento en periodo de prueba de las personas que

¹ A través de apoderado judicial.

ocuparon el primer y segundo lugar de la lista de elegibles enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, *“en el aparte relacionado con el nombramiento de la profesional Nhora Claudia Barrero Jiménez”* (sic).

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 160-092-2663 del 18 de septiembre de 2015, con el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Reinel Ríos García, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, de la Contraloría Municipal de Ibagué.

Consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las entidades demandadas a reintegrar al actor a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba al momento de su desvinculación, con retroactividad al 18 de septiembre de 2015.

Se ordene el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, correspondientes al cargo que ocupaba, desde la fecha en que fue declarado insubsistente hasta cuando se haga efectivo su reintegro.

Que, para todos los efectos legales y prestacionales, se considere que no ha existido solución de continuidad del vínculo laboral.

Se prevenga a la demandada sobre la obligación legal de dar cumplimiento al fallo en los términos dispuestos en el artículo 195 del CPACA.

1.1.2. Hechos

Relata el actor que, por medio de la Resolución 035 del 3 de marzo de 2008, fue nombrado para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 01 (hoy grado 05), asignado a la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué, del cual tomó posesión el mismo día que se profirió el acto de vinculación.

Mencionó que, a través del Acuerdo 475 del 2 de octubre de 2013², proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ofertó el cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

Dijo que la Contraloría Municipal de Ibagué, según se lee en el Acuerdo 523 de 2014, certificó la oferta pública del empleo mediante radicado número 32161 el 9 de julio de 2013.

Refirió que el Manual de Funciones de la Contraloría Municipal de Ibagué, para la época de los hechos, era el contemplado en la Resolución 010 del 22 de mayo de 2013.

Advirtió que, por medio de la Resolución 012 del 8 de octubre de 2013, se modificó parcialmente el acto antes referido que contenía el Manual de Funciones y Requisitos de la Contraloría Municipal de Ibagué.

Indicó que la modificación del manual de funciones, y habida consideración a que el concurso público ya había iniciado, a través del Acuerdo 523 del 29 de julio de 2014, la Comisión Nacional del Servicio Civil deja parcialmente sin efectos la

² "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la carrera administrativa de la CONTRALORIA MUNICIPAL DE IBAGUE Convocatoria No. 288 de 2013"

Convocatoria 298 de 2013, en relación con el empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 01, de la Contraloría Municipal de Ibagué.

Señaló que el Manual de Funciones adoptado en la Resolución 012 de 2013, exigía para el ejercicio del cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, la acreditación de los siguientes requisitos:

Estudios	Experiencia
Título Universitario en Derecho Tarjeta profesional	Dos (2) años de experiencia profesional relacionada.

Expuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 3633 del 12 de agosto de 2015, por medio de la cual conformó y adoptó lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo de carrera denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, de la Contraloría Municipal de Ibagué, ofertado a través de la Convocatoria 298 de 2013.

Anotó que el numeral primero de la Resolución 3633 de 2015, fija en primer orden de elegibilidad a la señora Nhora Claudia Barrero Jiménez, por lo que, a través de la Resolución 209 del 16 de septiembre de 2015, la Contraloría Municipal de Ibagué nombra a aquella en periodo de prueba para ejercer el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05.

Denuncia que según consta en la hoja de vida allegada por la señora Nhora Claudia Barrero Jiménez, para el acto de nombramiento, se observa que no cumple los requisitos para desempeñar el cargo, dispuestos en la Resolución 012 del 8 de octubre de 2013, concerniente a dos (02) años de experiencia profesional relacionada.

Colige que la situación antepuesta afecta la legalidad de los actos por medio de los cuales fue incluida en lista de elegibles (Resolución 3633 de 2015) y el que posteriormente la nombra en periodo de prueba en el empleo (Resolución 209 de 2015).

Informa que con el Oficio 160-092-2663 del 18 de septiembre de 2015, se le comunicó sobre la insubsistencia en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, en la Contraloría Municipal de Ibagué, con efectos a partir del 20 de los corrientes.

1.1.3. Concepto de violación

Refiere que es ilegal la *“inclusión en lista de elegibles para desempeñar cargo público y consecuente nombramiento en periodo de prueba, sin cumplimiento o lleno de los requisitos exigidos por el Manual de Funciones para desempeñar el respectivo empleo”* (sic).

También acuso los actos demandados de violar el *“debido proceso para la declaratoria de insubsistencia de cargos provisionales”*.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Contraloría Municipal de Ibagué

Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que *“[l]a hoja de vida de la abogada NHRA CLAUDIA BARRERO JIMÉNEZ enseña que tiene una experiencia*

profesional y relacionada con las funciones del empleo para el cual concurso y resultó encabezando la lista de elegibles, por aproximadamente 12 años. Luego, si la violación consiste en que no cumple con el citado requisito, tal argumento carece de razonabilidad. Y es tan cierto lo anterior que habiéndose presentado el demandante al concurso, quien ocupaba en ese momento el cargo, fue superado ampliamente por la citada profesional con un puntaje de 55.37, frente a 49.30 que él obtuvo y que sólo le permitió ocupar la sexto (6) posición” (sic).

Agregó que “[l]a profesional del derecho que ocupó la primera posición en la lista de elegibles y que fue nombrada en provisionalidad por el ente que represento, al momento del nombramiento contaba con aproximadamente doce (12) años de experiencia profesional relacionada, pues se graduó el 17 de diciembre de 2003; posteriormente cursó la especialización en derecho probatorio graduándose el 6 de mayo de 2006; ha sido abogada litigante desde la fecha del grado y asesora jurídica de entidades oficiales, lo cual le confiere amplia experiencia profesional. La persona una vez graduada como abogado inicia su ciclo de experiencia profesional y en el caso concreto esa experiencia se encuentra relacionada con el cargo por cuanto las labores que ejerció desde diciembre de 2013 y que están acreditadas en la hoja de vida fueron desarrolladas en el ejercicio de actividades que tienen funciones similares a las del cargo proveído, esto es, el adelantamiento y sustanciación de indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal. proyección de providencias para la firma del superior, el decreto, recaudo y práctica de pruebas, actividades estas que regularmente un abogado está en condiciones de realizar y que se acreditan con el grado y la obtención de la tarjeta profesional. En el caso particular, la experiencia profesional relacionada se encuentra acreditada en la hoja de vida que se adjunta a la presente contestación de demanda...” (sic).

Frente al segundo cargo del concepto de violación señaló que “[n]o es cierto que el nombramiento del demandante hubiese sido objeto de insubsistencia tácita, pues claramente se advierte que en la parte considerativa se hace referencia a la insubsistencia que hay lugar a decidir y en la parte resolutive de manera expresa en el numeral cuarto (4°) se decide la misma. Luego, no es verdad lo que aduce la demanda, pues se trata de una idea equivocada del concepto de insubsistencia tácita.” (sic).

Además, señaló que [n]o es cierto que el demandante hubiese sido declarado insubsistente en forma tácita; la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad se efectuó de manera expresa a través de la Resolución 209 de 16 de septiembre de 2015, apoyada en la Sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional. El citado acto, tanto en la parte motiva (último considerando) como en la dispositiva (artículo 4o), claramente se refiere a la insubsistencia del demandante y es diáfana en precisar que es consecuencia de la provisión definitiva del cargo como resultado de la realización del concurso de méritos respectivo.” (sic).

1.2.2. Nhora Claudia Barrero Jiménez

A través de apoderado, se opuso a las súplicas de la demanda por falta de fundamentos fácticos y jurídicos. Indicó que no era cierto que le faltara la experiencia profesional que le exigía el cargo al cual llegó por mérito, por cuanto es abogada en ejercicio desde el año 2003, con Especialización en Derecho Probatorio, como lo constata la revisión de su hoja de vida.

Formuló la excepción de caducidad respecto a la Resolución 3633 de 2013 de la CNSC.

1.2.3. Comisión Nacional del Servicio Civil

Manifestó oposición a las pretensiones de la demanda indicando que los actos administrativos demandados gozan de plena legalidad por cuanto se ajustan al ordenamiento jurídico. Respecto a la experiencia de la elegible dijo que se acreditó según se desprende del concurso público de méritos, “[d]el mismo modo, fue avalado por el representante legal de la entidad sujeta concurso, sin reparos dentro del término de traslado de la lista de legibles, sin que se hubieran advertido inconsistencia alguna para reconsiderar ...” (sic).

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e ineptitud sustantiva del a demanda por ausencia de requisitos formales.

1.2.4. Municipio de Ibagué

Como argumentos de defensa formuló las excepciones de falta de integración del contradictorio respecto a la Comisión Nacional del Servicio Civil; caducidad de la acción; falta de vicio en el acto demandado; inexistencia de la obligación demandada frente a esta entidad; falta de legitimación en la causa por pasiva; y, prescripción.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por Reinel Ríos García contra el Municipio de Ibagué - Contraloría Municipal de Ibagué - Nhora Claudia Barrero Jiménez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: *CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Para ello se fijan como agencias en derecho la suma de \$680.000 pesos M/cte. a favor de la parte demandada. (...)*”

La decisión antepuesta se sustenta en las siguientes consideraciones:

“[E]l argumento del demandante es que sólo es válida la experiencia en materia de control fiscal, que es la relacionada con las funciones esenciales del cargo establecida (específica) en la Resolución Orgánica mencionada.

De tenerse por válido ese argumento, la esencia pública o abierta de los concursos de méritos se desnaturaliza y se limitaría el acceso efectivo en las mismas condiciones, de todos los ciudadanos a un proceso de selección para aspirar a un cargo público, de hecho, incluir una experiencia que se relacione de forma directa o específica con el cargo a proveer, discrimina a quienes “...no pertenecen a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella no han desempeñado el cargo a proveer”, no les da oportunidad, en condiciones de igualdad, de acceder a un concurso de méritos.

Respecto de dicha experiencia específica, el Consejo de Estado también consideró que “..., resulta muy diferente fijar como FACTOR para el cumplimiento de requisitos para acceder a un empleo público una experiencia relacionada en empleos que tengan funciones similares a las del cargo a

proveer, la cual sí puede ser acreditada por un amplio espectro de población interesada que desempeña sus funciones o actividades, tanto en el sector público como en el privado, a exigir una experiencia que sólo pueda acreditar un grupo determinado, como lo es la directamente relacionada con las funciones del cargo."

De este modo, de aceptarse el razonamiento de la parte demandante realizado en ese sentido, se avalaría la discriminación y desigualdad respecto de aquellas personas que no pertenecen a la entidad o perteneciendo a ella nunca han desempeñado el cargo, y pretenden acceder a un concurso de mérito, consideraciones que comparte el Despacho con el concepto del Ministerio Público.

Resuelto lo anterior, el Despacho considera con sustento en lo expuesto que en esos términos, no es procedente hacer una revisión de las hojas de vida del demandante respecto de la señora Nhora Claudia Barrero Jiménez, ni respecto de la experiencia relacionada establecida en la Convocatoria 298 de 2013 y en la Resolución Orgánica N° 012 de 2013, que acogen el principio abierto o público de los concursos de mérito.

En consecuencia, acogiendo el concepto del Ministerio Público y en razón a que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, corresponderá proferir fallo adverso a las pretensiones de la demanda." (sic)

1.4. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la parte actora formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación:

"1. Los actos demandados están viciados de nulidad, porque la desvinculación o insubsistencia de los cargos en provisionalidad debe ser motivada.

Frente a los argumentos sostenidos en la sentencia, es necesario indicar que si bien es cierto la Resolución 209 de 2015, que nombró en periodo de prueba a la señora Nhora Claudia Barreto Jiménez y declaró la insubsistencia del demandante, contiene una supuesta motivación, que conforme se lee en la misma, únicamente se circunscribe a mencionar un párrafo de la sentencia SU-917 de 2010, sin contextualización alguna, tal circunstancia no se compadece con las exigencias requeridas por el sistema jurídico para la motivación de acto de ésta naturaleza, en cuanto a la insubsistencia, puesto que tal como se advirtió en la demanda, la Corte Constitucional en sentencia SU-054 de 2015, más reciente a la referida por el órgano de control en el citado acto, ha sostenido al respecto, que:

"5.17. Para considerar motivado el acto administrativo, no es suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relaciona de manera directa e inmediata con el caso particular y concreto del servidor público afectado, o la utilización de expresiones formales tales como "por los motivos expresados" para proceder a la desvinculación, sino que es forzoso explicar de manera "clara, detallada y precisa" las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión".

Consecuente con ello, podría claramente señalarse, sin otras consideraciones, que ese acto, Resolución 209 de 2015, no cumpliría con los parámetros normativos necesarios para entenderse debidamente motivado, si es que a éste puede atribuírsele la condición de desvinculación de mi prohijado, puesto que en el mismo solo se dijo en su parte resolutive, que con el nombramiento se entendía terminado el nombramiento hecho en provisionalidad a mi defendido. Por lo tanto, si a este acto se le atribuye la decisión de la desvinculación de mi defendido, por su naturaleza debió haber sido debidamente notificado o comunicado de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 67 del Código de Procedimiento Administrativo o por lo menos en la comunicación, debió adjuntarse copia por lo menos por la Contraloría Municipal, circunstancia que no aconteció o que por lo menos no se encuentra probada dentro del proceso.

Consecuente con ello, era imposible para mi defendido enterarse del contenido del mentado acto que sujetaba la supuesta motivación a la que el Juzgado de la instancia le atribuye plena validez, siendo esta como se advirtió líneas atrás, completamente insuficiente para haber causado los efectos de la desvinculación del señor Ríos, más aún cuando al mismo ni siquiera se le puso en conocimiento el acto.

De otra parte se advierte que el oficio número 160-092-2663 del 18 de septiembre de 2015, suscrito por la Directora Administrativa de la Contraloría Municipal de Ibagué, a través del cual se comunicó a mi defendido que había sido declarado insubsistente, frente al cual el despacho de conocimiento señaló en la sentencia que este al modificar la situación jurídica del demandante es plenamente enjuiciable, tampoco podría configurarse como acto motivado, puesto que simplemente se limita a comentar lo resuelto en el Decreto 209 de 2015, sin mayores consideraciones, puesto que este acto es en todo caso una extensión y fundamento de lo decidido en la Resolución 209 de 2015, tal como lo advirtió el fallo apelado.

(...)

2. Inclusión en la lista de elegibles para desempeñar el cargo público y el consecuente nombramiento en periodo de prueba, sin el cumplimiento o lleno de los requisitos exigidos por el Manual de Funciones para desempeñar el respectivo empleo.

La intención del medio de control sobre este acápite, no era como lo interpreta el Juzgado de conocimiento de la primera instancia, revivir o retomar las decisiones expedidas en medio del proceso de reclutamiento y elaboración de lista de elegibles, sino que tal requerimiento, estaba referido a que posterior a tal proceso, existe de acuerdo a la normatividad legal aplicable, obligación a las entidades de verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades requeridos para la posesión de los cargos, sin realizar o hacer distinción si tales posesiones se refieren a cargos en periodo de prueba, en propiedad u otra circunstancia de ésta envergadura que excluya el deber de verificar. Con fundamento en ello, existe la posibilidad no solo de demandar el acto de nombramiento, sino de solicitar la exclusión de la lista de elegibles de aquel que ha sido nombrado en lista de elegibles, sin contar entre otros, con los requisitos exigidos para desempeñar el cargo, tal cual como lo regula o reglamenta el Decreto 760 de 2005.

En principio se había demandado la lista de elegibles, por estar relacionada con el decreto de nombramiento e insubsistencia tantas veces referido, motivo

que fue considerado inicialmente por el Juez de conocimiento, sufriente para despachar desfavorablemente todas las suplicas de la demanda, decisión que impugnada fue revocada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, en el auto de fecha 12 de marzo de 2018, que determinó que no podía olvidarse que al actor la decisión que lo afectó fue el oficio número 160-0922663 del 18 de septiembre de 2015 y que la inescindibilidad alegada por la jueza no era el único análisis que podía hacerse de las dos resoluciones y el oficio demandando, porque éste último asume el carácter de autónomo frente al demandante, a quien no podía obligársele a demandar actos administrativos que no lo perjudicaron y de los cuales no se dio oportunidad de defensa, por la misma razón.

No obstante la referida decisión del Tribunal, la sentencia de primera instancia, insiste en tomar el problema debatido, bajo el criterio original, esto es que las decisiones tomadas en la lista de elegibles y con posterioridad a ella, son un todo y por esta razón concluye, negar las pretensiones de la demanda, porque los actos acusados, acogen el principio abierto o público de los concursos de méritos y por ello no es procedente hacer la revisión de las hojas de vida del demandante y la señora Barrero, circunstancia completamente errónea, puesto que la verificación del cumplimiento de los requisitos para desempeñar el cargo, son obligación de la entidad al momento de la posesión pese al concurso público, puesto que la norma no excluye de tal deber de verificación a los nombramientos producto de la lista de elegibles, proceso de selección que culmina con la expedición del acto administrativo que determina el orden de elegibilidad.

Igualmente, sin criterio jurídico distinto al concepto del Procurador designado para el proceso, el fallo realiza en términos generales, sin ser aplicable al caso, disertación frente a la connotación de los requisitos de experiencia relacionada y profesional, pero no se encuentra en el pronunciamiento, estudio respecto de si los soportes presentados por la señora Barrero para la posesión del cargo, acreditan o no la experiencia relacionada para el desempeño del mismo, puesto que los cargos en que se encontraba fundada la solicitud de revocatoria del acto de nombramiento, consecuentes con los contenidos de las disposiciones legales citados en el libelo de la demanda fueron claros y son independientes al proceso de concurso público, ya que como se anotó, la verificación de requisitos para el desempeño del cargo, es un procedimiento autónomo e independiente de la entidad, indistintamente, porque la norma no menciona, si la verificación es para un nombramiento es en periodo de prueba, en propiedad, en provisionalidad, entre otros, entendiéndose la regla extendida a cualquier tipo de pronunciamiento.

Aclarado lo anterior, el acto de nombramiento del periodo de prueba de la señora Nhora Claudia Barreto y su posterior posesión, contienen vicios de nulidad el establecerse que la profesional, no cumplía con la experiencia profesional relacionada para desempeñar el cargo, en consideración a que la soportada por la señora Barrero, no se encuentra relacionada con el ejercicio de función pública alguna, menos aún con función pública orientada a la vigilancia y control de entidades públicas, si se quiere ser más exegético.

Con el simple cotejo de los soporte allegados para la posesión, se ausculta el incumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 11 del Decreto 785 de 2005, puesto que la experiencia relacionada es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en determinada área de trabajo, área de la profesión, ocupación, arte u oficio.

3. *Condena en costas:*

La sentencia apelada en sus disposiciones finales, condena en costas a esta parte, circunstancia que a todas luces también es improcedente en consideración a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la liquidación y ejecución de la condena en costas debe realizarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual entre otros requisitos, señala en el numeral 8, que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

(...)” (sic)

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

El apoderado de la **Contraloría Municipal de Ibagué** reiteró lo dicho en intervenciones anteriores.

El apoderado de la señora **Nhora Claudia Barrero Jiménez** pidió que se confirme el fallo impugnado.

La parte actora y demás demandados guardaron silencio en esta etapa procesal.

El **Ministerio Público** conceptuó a favor de que se confirme la decisión de primera instancia, de negar las pretensiones de la demanda.

Señaló que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, el acto mediante el cual se declara la insubsistencia de un empleo que se encuentra en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, requiere motivación.

En cuanto a la experiencia relacionada para la ocupación del cargo indicó que el sentir del demandante *“constituye una interpretación restrictiva que no solo afectaría el derecho a la igualdad (...), sino que constituiría en una talanquera que afectaría el acceso de personal calificado ido en al servicio estatal, dado que la única experiencia que pudiera servir en esas condiciones, el adquirida directamente los cargos a proveer, lo que impediría que muchas personas con capacidades e idoneidad quedarán por fuera”.*

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. Problema jurídico a resolver en segunda instancia

En atención a lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la legalidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución 209 del 16 de septiembre de 2015 y en el Oficio 160-092-2663 del 18 de septiembre de 2015, por medio de los cuales se declara la insubsistencia del nombramiento del señor Reinel Ríos García, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05.

También, analizará si es viable la condena en costas en contra de la parte vencida.

2.5. Análisis de la Sala

2.5.1. Sobre el retiro de los empleados provisionales

El artículo 125 de la Constitución se refiere al ingreso y retiro de servidores públicos en los empleos del Estado. De un lado, reconoce que por regla general los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se hará, también por regla general, mediante concurso, con el propósito de estimular el mérito y las calidades de los aspirantes como forma de acceso a la función pública. De otro lado, el mismo artículo señala que 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”.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”³. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera)⁴.

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección, aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas⁵.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

⁵ Sentencia SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”⁶. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos⁷.

2.5.1.1. Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

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”⁸. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada, “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”⁹.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”¹⁰.

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, 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

356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

⁶ Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) 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.

⁷ Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

Así las cosas, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

2.5.2. Caso concreto

Establecido el anterior marco normativo, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, para lo cual se relacionarán los elementos de prueba obrantes en el plenario, a fin de establecer los presupuestos fácticos relevantes.

- Según certificado laboral obrante a folio 44 del expediente, el señor Reinel Ríos García trabajó para la Contraloría Municipal de Ibagué, con nombramiento en provisionalidad, en el ejercicio del cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, desde el 3 de marzo de 2008 hasta el 20 de septiembre de 2015. El acto de vinculación está contenido en la Resolución 035 de 2008 (folio 46)
- La Contraloría Municipal de Ibagué, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, adelantó concurso de méritos para proveer cargos de carrera, entre ellos el de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, que desempeñaba en provisionalidad el aquí demandante (Convocatoria 298 de 2013).
- Mediante la Resolución 3633 de 2015 la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo de carrera denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, de la Contraloría Municipal de Ibagué, ofertado a través de la Convocatoria 298 de 2013, bajo el N° 203303, una vez agotadas las etapas del proceso de selección del concurso¹¹. De modo que la lista de elegible quedó conformada, así:

POSICION	PRIMER NOMBRE	SEGUNDO NOMBRE	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	PUNTAJE
1	NHORA	CLAUDIA	BARRERO	JIMENEZ	55.37
2	LINA	MARIA	PARRA	GRANADOS	52.50
3	JENNY	PAOLA	VARGAS	GARNICA	52.02
4	JULIAN	ANDRES	GAITAN	REYES	49.56
5	MAURICIO	ANDRES	BOCANEGRA	CAMELO	49.41
6	REINEL		RIOS	GARCIA	49.30

- A través de la Resolución No 209 de 2015 se nombró en periodo de prueba, en carrera administrativa, a la señora Nhora Claudia Barrero Jiménez en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05¹².

¹¹ Folios 4 al 7.

¹² Folios 85 al 89.

- Con el Oficio 160-092-2663 del 18 de septiembre de 2015, la directora administrativa de la Contraloría Municipal de Ibagué informó al aquí demandante sobre la insubsistencia en el cargo que desempeñaba en provisionalidad en esta entidad¹³.

De conformidad al recurso de alzada formulado por la parte actora, el primer presupuesto que ocupa a la Sala es el de establecer si los actos acusados están viciados por falta de motivación.

Como ya se refirió en esta providencia, la provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹⁴.

En tal orden, ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia¹⁵.

Por ende, una “razón suficiente” para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado en provisionalidad es la provisión definitiva del cargo con la persona que superó el concurso de méritos para tal empleo¹⁶.

De acuerdo con los hechos probados, la Contraloría Municipal de Ibagué a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantó concurso de méritos para la provisión de cargos de carrera en vacancia, entre los cuales se ofertó el desempeñado por el actor en provisionalidad.

En suma, la señora Nhora Claudia Barrero Jiménez superó las etapas del concurso de méritos ante referido, ubicándose en el primer lugar de la lista de elegibles para la provisión del empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, por lo que, a través de la Resolución 209 de 2015, fue nombrada en el cargo.

La decisión antepuesta se comunicó al señor Reinel Ríos García a través del Oficio 160-092-2663 del 18 de septiembre de 2015, con exposición de las siguientes consideraciones (folio 43):

“(…) me permito comunicarle que mediante resolución 2009 de septiembre 16 de 2015, se realizaron los nombramientos en periodo de prueba de las personas que ocuparon el primer y segundo lugar de la lista de legibles enviado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, quienes tomaron posesión del cargo con efectos fiscales a partir del 22 de septiembre de 2015, y como quiera que usted viene desempeñando uno de esos empleos, se entiende declarado insubsistente automáticamente su nombramiento del cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CÓDIGO 219, GRADO 05, dependiente de la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué, con efectos fiscales a partir del 21 de septiembre de 2015”.

¹³ Folio 43.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

¹⁶ Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010.

Así las cosas, es claro que los actos aquí demandados, que declaran la insubsistencia del nombramiento del demandante, están fundados en razones objetivas, motivados por la provisión del cargo con una persona de la lista de elegibles, conformada previo concurso de méritos, por lo que el cargo de falta de motivación, en los términos vistos, es infundado.

El segundo punto de la apelación es que la persona nombrada en el cargo que desempeñaba el demandante *“no se encuentra relacionada con el ejercicio de función pública alguna, menos aún con función pública orientada a la vigilancia y control de entidades públicas”*.

De acuerdo al Manual Especifico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales de la Contraloría Municipal de Ibagué, para el ejercicio del cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, se requiere de dos años de experiencia profesional relacionada¹⁷.

Sobre la exigencia de experiencia profesional relacionada el Consejo de Estado ha indicado que no es violatorio ni del derecho a la igualdad ni del derecho al trabajo, ni del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas. Empero, que no se trata de que deba demostrarse que ha cumplido exactamente las mismas funciones, pues ello implicaría que la única manera de acreditar experiencia relacionada, sería con el desempeño del mismo cargo al que se aspira, lo que resulta a todas luces ilógico y desproporcionado. Pero sí se debe probar que existe una experiencia en cargos o actividades en los que se desempeñaron funciones similares¹⁸.

Entonces, es desacertado, como lo refiere el demandante, que su reemplazo en la administración no cumple el requisito de experiencia profesional relacionada porque puntualmente no la adquirió en el sector público, en el ejercicio de la función del control fiscal.

Revisada la hoja de vida del actor se advierte que antes de asumir el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, el 3 de marzo de 2008, su experiencia profesional era la que pasa a relacionarse (folios 141 al 143):

Cargo	Entidad	Periodo
Sustanciador Abogado	Alcaldía de Ibagué	1997-1999
Asesor Jurídico Área de Vivienda	Fedevivienda	2001
Sustanciador del Fondo Territorial de Pensional	Gobernación del Tolima	2003
Asesor Jurídico de la Oficina	Coomeva EPS	2005-2006

Corolario, entonces el aquí demandante tampoco cumplía el requisito de experiencia al ingresar al empleo del cual fue declarado insubsistente, pues su ejercicio profesional no fue propiamente en funciones de control fiscal, o al menos eso no se infiere de la revisión de su hoja de vida, la cual no fue desconocida o tachada, por lo que tiene pleno valor probatorio.

Así que, como lo mencionó el *a quo*, de aceptarse el razonamiento de la parte demandante realizado en ese sentido, se avalaría la discriminación y desigualdad respecto de personas que no pertenecen a la entidad o perteneciendo a ella nunca han desempeñado el cargo, y pretenden acceder a un concurso de méritos. Es más,

¹⁷ Folios 8 al 42.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del seis (6) de mayo de dos mil diez (2010), Rad 52001-23-31-000-2010-00021-01(AC), MP. Susana Buitrago Valencia.

su racero para medir la experiencia profesional relacionada incluso lo hubiera dejado fuera del servicio público cuando fue nombrado para desempeñarse como Profesional Universitario, en la Contraloría Municipal de Ibagué, ya que, como se vio líneas atrás, no la tenía al momento de vincularse con esta entidad.

Lo antepuesto también lo dijo el agente del Ministerio Público que intervino en esta instancia, en cuanto concluye que las elucubraciones del demandante frente a la experiencia profesional relacionada para el ingreso a la carrera administrativa *“constituye una interpretación restrictiva que no solo afectaría el derecho a la igualdad (...), sino que constituiría en una talanquera que afectaría el acceso de personal calificado ido en al servicio estatal, dado que la única experiencia que pudiera servir en esas condiciones, el adquirida directamente los cargos a proveer, lo que impediría que muchas personas con capacidades e idoneidad quedaran por fuera”*.

En los términos referidos se despacha desfavorablemente los argumentos de la apelación frente al cargo analizado.

Otra disparidad con la sentencia apelada es la condena en costas en contra de la parte vencida en primera instancia.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora, no es de recibo que en esta jurisdicción en materia de imposición de costas se aplica el Código General del Proceso, toda vez que, del mismo artículo 188, antes referido, se desprende que se hace tal remisión solo en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 1 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comentario reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CPG), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición

surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la demandante, lo cual resulta razonable puesto que la parte contraria debió desplegar defensa técnica para oponerse al reconocimiento de un derecho subjetivo, con manifiesta carencia de sustento para su concesión.

Entonces, se advierte que la decisión sobre la condena en costas proferida en primera instancia se ajustó a derecho, toda vez que la imposición de las mismas se hizo en sentencia y en contra de la parte que presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento para accionar.

Corolario a lo antepuesto, no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

2.5.3. Decisión de segunda instancia

En virtud a que no prosperaron los cargo del recurso de alzada, se confirmará la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2.6. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, 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 demandada y a cargo de la parte demandante, en la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y a favor de la demandada, 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 demandada y a cargo de la parte demandante, en la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente, respecto a cada actor.

TERCERO: 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 Ibaguè - Tolima

Este documento fue generado con firma electr3nica y cuenta con plena validez jur3dica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

C3digo de verificaci3n: **37560ad0da8af64e24675328be4ba29ad671cc3eeefeda339f3d8f85a9fdd630**

Documento generado en 30/08/2021 08:20:55 AM