

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Ibagué, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-008-2020-00033-01
Demandante: William Manuel Méndez Forero
Apoderado: Cristhian H´Emanuel Jaramillo Muñoz
Demandado: Municipio de Flandes
Apoderado: Carlos Andrés Perdomo Rojas
Tema: Insubsistencia de provisional

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 11 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor William Manuel Méndez Forero¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra el Municipio de Flandes, para que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018, expedida por el alcalde municipal de Flandes.

Consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad territorial demandada el reintegro del actor al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría.

Se ordene a la accionada pagar a favor del demandante los salarios y demás contraprestaciones, dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, sin que exista solución de continuidad. Asimismo, se ordene el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario.

Se ordene que las sumas reconocidas sean debidamente ajustadas en los términos dispuestos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

¹ A través de apoderado judicial.

1.1.2. Hechos

Indicó que a través de la Resolución 453 del 10 de julio de 2014, expedida por el alcalde municipal de Flandes (T), el señor William Méndez Forero fue nombrado en provisionalidad por el término de seis (06) meses para desempeñar el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura; del cual tomó posesión el día 16 de igual mes y año.

Mencionó que mediante la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018, emanada del alcalde municipal de Flandes (T), se dio por terminado el nombramiento del señor William Méndez Forero, en el cargo que venía ejerciendo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, adscrito a la Secretaría de Planeación e Infraestructura.

Señaló que la entidad *“previo al retiro del trabajador omitió solicitar permiso al MINISTERIO DEL TRABAJO (...) pese a que la misma había notificado previamente la existencia de una patología consistente en HERNIA DISCAL L3, L4, L5 ESTADO AVANZADO”* (sic).

Refirió que *“(A)l no permitir interponer recurso de reposición el MUNICIPIO DE FLANDES, viola el debido proceso y viola su derecho a estabilidad laboral reforzada pues desde el 2017, se encontraba en trámite de calificación por medicina laboral con la EPS SANITAS (...) Como consta en Historia clínica tenía programada desde el 28 de septiembre de 2017, una escisión de disco intervertebral en segmento lumbar vía posterior.”* (sic).

Dijo que *“El MUNICIPIO DE FLANDES, expide el acto administrativo de retiro del trabajador WILLIAM MENDEZ FORERO, con expresa prohibición legal contenida en el párrafo único del art. 38 de la Ley 996 de 2005 (...) pues se modificó la nómina del ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la primera vuelta presidencial 2018.”* (sic).

Anotó que, con la expedición del acto administrativo acusado, Resolución No. 205 de febrero 27 de 2018, se violó el debido proceso y el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 *“(...) pues la entidad debió contar con el consentimiento previo y escrito de la trabajadora, o en su defecto demandar el acto de nombramiento ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa”* (sic).

Enunció que aun cuando la motivación del acto demandado es la ejecución de la sentencia judicial que declaró la nulidad del Decreto de 086 del 10 de septiembre de 2013, por medio del cual se estableció la planta de personal del Municipio de Flandes, la administración *“debió contar con el consentimiento previo, expreso y escrito de la trabajadora o en su defecto solicitar la nulidad del acto administrativo de nombramiento”* (sic).

Bajo su criterio la demandada *“solo podía terminar el nombramiento provisional por 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 se esté prestando, siempre garantizándose el derecho de defensa el cual no fue permitido por parte del ente territorial.”* (sic).

Para terminar señaló que *“(E)l acto administrativo Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, el cual en un principio fue declarado nulo por la JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, a la fecha de presentación del actual medio de*

control, goza presunción de legalidad en virtud de la sentencia de tutela de fecha 12 de Julio de 2018 proferida por el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO Consejero Ponente Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO dentro del expediente Radicación No. 11001-03-15-000-2018-00924-00, lo que deja sin motivación alguna la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018.” (sic).

1.1.3. Concepto de violación

Señaló como normas violadas los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 26, 29, 42 y 44 de la Constitución Política, 74, y 97 del CPACA, 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, 38 de la Ley 996 de 2005 y 26 de la Ley 26 de 1997.

Expuso que la declaratoria de insubsistencia viola derechos de rango constitucional como la dignidad humana, la confianza legítima, a constituir una familia, al debido proceso y al mínimo vital y móvil; además, de que no respetó la estricta aplicación de la ley de garantías electorales, al modificar la nómina de la entidad dentro de los 4 meses anteriores a la primera vuelta presidencial (Ley 996 de 2005).

Argumentó que el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015 en concordancia con la sentencia SU-917 de 2010, establecen que la terminación del nombramiento provisional o su prórroga procede por acto motivado y la insubsistencia solo admite argumentos puntuales tales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizarse concurso de méritos, imposición de sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando o debería prestar el empleado, y la insubsistencia en este asunto se dio pese a que no se configuró de ninguno de tales supuestos.

Evocó que el actor había puesto en conocimiento del empleador la existencia de patologías que conllevaban a solicitar al Ministerio del Trabajo autorización para su despido, y no se hizo.

1.2. Contestación de la demanda

El Municipio de Flandes mediante apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, y como argumentos de defensa sustentó las siguientes excepciones, así:

- Expedición regular del acto administrativo

Afirma que el retiro del servicio del demandante obedeció a la supresión del empleo que venía desempeñando en la planta de personal de la entidad, como una consecuencia de haber sido declarado nulo el Decreto 086 de 2013, que fijaba la planta de personal del municipio, en este sentido, la administración sustentó la expedición del acto de insubsistencia (Resolución 205 del 27 de febrero de 2018) concretamente en el hecho de haberse declarado por esta jurisdicción la nulidad de tal decreto.

Señala que como consecuencia de la nulidad del Decreto 086 de 2013, la administración municipal en aras de garantizar la función pública, el servicio público y los principios de la gestión fiscal, debió adoptar la planta de personal establecida en el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008, por ser el acto administrativo que se encontraba vigente con antelación al acto declarado nulo (Decreto 086 de 2013), en virtud de la teoría de la reviviscencia de la norma derogada.

Refiere que, así las cosas, la administración se vio obligada a reincorporar a los empleados con derecho de carrera y al retiro del servicio de todos aquellos

servidores que fueron nombrados con ocasión de la planta de personal que fue declarada nula, entre ellos, el demandante. Dijo que esto se dio así en consideración a que en la planta que se adoptó no existen los empleos que habían sido creados en vigencia del Decreto 086 de 2013. En otras palabras, el Municipio de Flandes se vio compelido hacer una reorganización administrativa como consecuencia de una decisión judicial que intrínsecamente dispuso la supresión de cargos.

Aduce que el acto administrativo impugnado, fue expedido por la autoridad competente con fundamento en las normas que debía observar y se motivó en hechos reales y verificables, y es la razón por la cual que éste se expidió de manera regular y no tiene vicio por el que merezca ser sancionado con la nulidad que pretende la parte actora.

Respecto de las acusaciones hechas contra la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, indica que la desvinculación del demandante obedeció a una consecuencia de la sentencia y no como el cumplimiento directo de ésta, toda vez que, si bien es cierto, en la sentencia mediante la cual se declaró nulo el Decreto 086 de 2013 no se ordena dar por terminada las relaciones laborales, también es cierto, que al desaparecer la planta de personal que soportaba el cargo que desempeñaba el demandante, la consecuencia lógica era entender que este fue suprimido y de contera comportaba el retiro del servicio.

Dijo que era necesario recordar que el demandante fue vinculado a la administración municipal en el cargo de Profesional Especializado, con ocasión de la Resolución No. 456 del 10 de julio de 2014, la que fue expedida en vigencia del Decreto 086 de 2013, cargo que no se encuentra contemplado en la planta de personal establecida en el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008, lo que implicó lógicamente la supresión del empleo.

Insistió en que, si bien la sentencia no dispuso la terminación de la relación laboral del señor William Manuel Méndez Forero, la consecuencia lógica de haber adoptado el fallo fue el retiro del servicio de éste, dado que, desapareció el cargo que venía desempeñando.

De otro lado, sustentó que en el caso particular del demandante no están acreditados los presupuestos para establecer su condición de destinatario de protección especial, según lo determina el Decreto 1083 de 2015.

- Violación a la ley de garantías

Respondió que no era cierto que la terminación provisional del actor se hubiese hecho con desconocimiento de la Ley 909 de 2005, en tanto, esta provino como consecuencia del cumplimiento de una decisión judicial y de lo ordenado en el Decreto 021 del 21 de febrero de 2018. Agregó que la expedición de la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018 tuvo su génesis en el cumplimiento del Decreto 021 de 2018, el cual se expidió como consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, que establecía la planta de personal de la entidad.

Señaló que sobre el particular el Consejo de Estado en concepto del 15 de noviembre de 2007, radicado 1001-03-06-000-2007-00092-00, aclaró lo siguiente:

“En este orden de ideas, sí para cumplir un fallo judicial dictado en un proceso contencioso administrativo o en desarrollo de una acción constitucional, por ejemplo una acción popular, se requiere que dentro

de los cuatro meses anteriores a las elecciones para Presidente de la República un ente estatal suscriba de manen directa algún contrato público o se presente una vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva; la autoridad administrativa competente debe actuar de conformidad con la decisión judicial, sin que en estricto derecho pueda afirmarse que por ello está violando la ley de garantías electorales.

De igual manera, si dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para cargos de elección popular, y para cumplir un fallo judicial dictado, por ejemplo en una acción popular; una autoridad territorial debe celebrar un convenio interadministrativo o debe reintegrar algún servidor público, dicho servidor público territorial debe actuar en los precisos términos definidos por el juez, tal como lo ordena el artículo 34 de la ley 472 de 1998, sin que por ello se pueda afirmar que está violando o desconociendo los postulados de la ley 996 de 2005.

Es tan cierto que el cumplimiento y ejecución de sentencias no suponen un incumplimiento de las exigencias de la ley de garantías, que por ejemplo en materia de reintegros, vale la pena adicionalmente señalar que la jurisprudencia de esta Corporación, con acierto ha considerado que dicha orden no es un "nombramiento, es simplemente la ejecución de la decisión judicial que al anular el acto de desvinculación declara la ficción jurídica de que el actor jamás estuvo por fuera del servicio". (Negrilla y subrayado de la entidad).

- Violación al debido proceso

Anotó que el acto de desvinculación del demandante no fue producto de la revocatoria del acto de nombramiento, así que no resulta de recibo que la administración hubiera tenido que pedirle a aquel consentimiento expreso para expedir el acto de insubsistencia.

Apuntó que: *“contra los nombramientos y remociones, como lo es el acto que declara la insubsistencia o retiro del servicio, y cuyo cumplimiento solo requiere la ejecución del acto, no procede la interposición de los recursos de la vía gubernativa, por expresa prohibición legal”,* y que esta fue la razón por la que el actor no tuvo la oportunidad de formular recursos contra el acto que demanda, puesto que se trata del acto que lo retiró del servicio.

- Conservación de la presunción de legalidad del acto administrativo

Anunció que al no haber acusado en debida forma la parte actora la causal o causales de nulidad del acto administrativo, ni las irregularidades por las cuales debe ser declarado nulo, la jurisdicción no puede declarar la misma, bajo el argumento de una eventual falsa motivación o desviación de poder, pues, a quien le corresponde acusar el acto de tales irregularidades era la parte demandante y como quiera que no lo hizo, deberá prevalecer la presunción de legalidad de éste.

Insistió que, pese a que la parte actora no acusó debidamente la legalidad del acto administrativo, se considera prudente señalar que el mismo fue expedido por autoridad competente, con observancia en las normas en que debía fundarse, además, se hizo de manera motivada y ajustado a los fines de la función pública, potísimas razones para privilegiar la presunción de legalidad y en consecuencia no acceder a las suplicas de la demanda.

- Improcedencia del medio de control contra la resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, por ser un acto de ejecución

Alegó que *“la resolución acusada de ilegalidad no comporta un acto administrativo demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto, dada su naturaleza se comprende como el acto administrativo mediante el cual se dio cumplimiento a lo ordenado en el Decreto No. 021 del 21 de febrero de 2018. Tanto así, que en la referida Resolución se consignó como título: "POR MEDIO DE LA CUAL SE DA CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA ADOPTADA MEDIANTE DECRETO No. 021 DE 2018, Y SE DAN POR TERMINADOS ALGUNOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD, Y SE DECLARAN INSUBSISTENTES ALGUNOS NOMBRAMIENTOS EFECTUADOS EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN”.*

Reiteró que el hecho de que la administración municipal mediante la Resolución 207 del 27 de febrero de 2018 diera cumplimiento a lo ordenado en el Decreto 021 del 21 de febrero de 2018, es la razón por la cual el acto demandable era precisamente este último y no la resolución con la que se ejecutó su cumplimiento.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 11 de junio de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de “i) expedición regular del acto administrativo y ii) conservación de la presunción de legalidad del acto administrativo” propuestas por la entidad accionada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense (...).”

La decisión antepuesta tiene como primer sustento el hecho de que se acreditó que la entidad demandada no se extralimitó al terminar la vinculación provisional con el demandante, puesto que lo hizo en cumplimiento de una orden judicial.

El *a quo* argumentó que el cargo en provisionalidad que ejerció el demandante se creó mediante el Decreto 086 de 2013, el cual, al momento de su nombramiento, se encontraba en disputa judicial por demanda de simple nulidad incoada el 14 de marzo de 2014, así que no era un derecho consolidado su permanencia en el empleo, por lo cual los efectos de la nulidad son *ex tunc*.

Razonó que la entidad territorial tenía la obligación de dar cumplimiento a los fallos de primera y segunda instancia que declararon la nulidad del decreto que creó la planta de personal (086 de 2013), lo cual en efecto realizó a través de los actos administrativos que se denotan debidamente motivados tanto fáctica como jurídicamente, y que, la consecuencia lógica de la nulidad es la desvinculación de los empleados cuyos cargos no ostentan funciones ni soporte legal por ser situaciones jurídicas no consolidadas.

En cuanto a la alegada infracción de la ley de garantías electorales, dijo que era preciso afirmar que no se evidencia que la desvinculación de los empleados por virtud del cumplimiento de un fallo judicial, hiciera referencia a persecución política

o corrupción al elector, por tanto, el acto enjuiciado no vulnera los fines esenciales de dicha ley.

Finalmente, en punto de la protección especial que ostentan las personas con disminución física, al tenor de lo establecido en el Decreto 1083 de 2015 adicionado por el Decreto 648 de 2017, expresó la primera instancia que no se observa que el demandante haya obtenido el dictamen de calificación de la EPS, ARL o Junta Calificadora de Invalidez y haya comunicado el resultado al jefe de personal.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la parte actora apeló la decisión reseñada anteriormente para que sea revocada y, como consecuencia de ello, se acceda a las pretensiones de la demanda. Las consideraciones en que se sustentó el recurso fueron las siguientes:

“En la sentencia de primera instancia se desconocieron los siguientes presupuestos;

1. EXISTE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO POR VIOLACION AL DEBIDO PROCESO, PUES LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ACTO QUE ESTABLECE LA PLANTA DE PERSONAL DEL MUNICIPIO NO SUPRIMIO EMPLEOS, NI SE REFIRIO A ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES Y CONCRETOS VIOLANDO SITUACIONES JURIDICAS CONSOLIDADAS PREVIAMENTE.

(...)

(...) resulta claro que con la Declaratoria de nulidad del Decreto de Planta del Municipio de Flandes “Decreto 086 de 2013” efectuada el 29 de enero de 2018 por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, existía previamente una situación jurídica consolidada por la necesidad del servicio público creada mediante el nombramiento del demandante.

Teniendo en cuenta que el nombramiento de la DEMANDANTE, creo un derecho en aras de preservar el debido proceso y la seguridad jurídica, debió el ente territorial demandar la nulidad, solicitar la suspensión provisional ante la jurisdicción competente o en su defecto revocarlos con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho. Situación que no fue así.

De esta manera en el afán de desvincular a las personas decidió vulnerar el debido proceso y no demandar el acto administrativo, si no por el contrario pasar por alto el art. 97 de la Ley 1437 de 2011.

(...)

OPOSICION A LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PARA NEGAR LAS PRETENSIONES.

1. ARGUYE QUE EL NOMBRAMIENTO DEL ACTOR “Estuvo precedido de la presunción de legalidad hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sentencias de primera y segunda instancia, declararon la nulidad del acto administrativo de carácter general que le dio origen (decreto 086 de 2013).”

Está decisión desconoce el derecho consolidado y jurídico del demandante y viola flagrantemente el debido proceso del actor. No puede considerarse que

por que el acto administrativo que sirvió de base para el nombramiento fuese declarado nulo, consecuentemente deba violarse el debido proceso y la presunción de necesidad del cargo.

Como se dijo con anterioridad, La jurisprudencia ha determinado que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo produce efectos ex tunc (desde entonces), es decir desde el momento en que se profirió el acto anulado, por lo cual la situación jurídica que emana de éste deberá retrotraerse al estado en que se encontraba antes de la expedición. **Sin embargo, existe una excepción a esta regla para los actos administrativos de carácter particular, en razón a que crean modifican o extinguen situaciones jurídicas concretas. En este orden de ideas, producirán efectos estos actos particulares hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.**

Por lo anterior, se cuestiona la violación del debido proceso administrativo al titular del cargo, pues ni siquiera se siguió el procedimiento previo para retirarlo del cargo. Que en este caso no era mas que demandar el acto de nombramiento o tener su consentimiento previo, expreso y escrito del titular, situación que no ocurrió.

2. ARGUYE QUE EL NOMBRAMIENTO DEL ACTOR “Se realizó bajo la figura de la provisionalidad, mientras se surtía el concurso de méritos para el cargo.”

Esto no es una causal para pretermittir que el empleador o el ente territorial viole el derecho al nombrado en el cargo, pues el hecho que sea provisional no quiere decir que se le puedan violar sus derechos y garantías constitucionales y legales. (...)

3. ARGUYE QUE “Que en la planta de personal del Municipio de Flandes NO existe el cargo de Profesional Especializado código 222 grado 4.”

No puede tenerse en cuenta esta consideración, pues el nombramiento del actor genero un derecho que solo podía revocarse con el consentimiento previo y escrito del titular del derecho.

4. ARGUYE QUE “Que en virtud de la nulidad del decreto 086 de 2013 que creó la planta de personal en el año 2018, esto es, los 3 cargos de profesional especializado código 222 grado 4, incluido el del demandante, se entiende que dichos cargos no existen.

Esta posición no es pacífica con el principio constitucional del DEBIDO PROCESO, pues no se pueden presumir hechos o circunstancias sin ser oído en juicio al titular del derecho adquirido e insisto se viola el siguiente precepto; **Sin embargo, existe una excepción a esta regla para los actos administrativos de carácter particular, en razón a que crean modifican o extinguen situaciones jurídicas concretas. En este orden de ideas, producirán efectos estos actos particulares hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.**

ARGUYE QUE “Que al momento del nombramiento en provisional del demandante (10 de julio de 2014), el decreto que creó la planta de personal se encontraba en disputa judicial por demanda de simple nulidad incoada el

14 de marzo de 2014, es decir, no era un derecho consolidado, por lo cual los efectos de la nulidad son ex tunc.”

No es cierto y reitero nuevamente que permitir este tipo de situaciones en el contexto legal es violatorio del debido proceso en los términos de la Ley 1437 de 2011, (...)

5. ARGUYE QUE “Que la entidad territorial tenía la obligación de dar cumplimiento a los fallos de primera y segunda instancia que declararon la nulidad del decreto que creó la planta de personal (086 de 2013), lo cual en efecto realizó a través de los actos administrativos que se denotan debidamente motivados tanto fáctica como jurídicamente.

No es cierto, la sentencia de nulidad solo afecto el decreto 086 de 2013, no afecto situaciones y derechos particulares.

Vale la pena resaltar que;

Las sentencias no ordenaron pasar por alto la ley 1437 de 2011, en el sentir que podían revocar nombramientos.

Las sentencias no se pronunciaron sobre aspectos particulares, como supresión de cargos, necesidades del servicio, debido proceso.

La sentencia en ningún momento le ordeno al Ente Territorial violar ley de garantías.

La sentencia no ordeno al ente territorial no efectuar un estudio técnico para revisar las necesidades de los cargos.

La sentencia no ordeno al ente territorial desvincular a los empleados sin el consentimiento previo, expreso y escrito de los titulares de los derechos.

La sentencia no ordeno desconocer los derechos adquiridos (...)

6. ARGUYE QUE “la consecuencia lógica de la nulidad es la desvinculación de los empleados cuyos cargos no ostentan funciones ni soporte legal por ser situaciones jurídicas no consolidadas.”

No es cierto y aclaro, reitero e imploro que los derechos adquiridos deben ser respetados desde el punto de vista CONSTITUCIONAL, pues no se encuentra probado en el expediente que dio origen a esta acción o en la de demanda de simple nulidad que no tenían funciones, por el contrario, si las tenían.

Se debió respetar el debido proceso, ser escuchados y no vulnerar las situaciones consolidadas previamente.

7. ARGUYE QUE “Que en punto de ley de garantías electorales – estudiada en el apartado 3.3.3.-, es preciso afirmar que no se evidencia que la desvinculación de los empleados por virtud del cumplimiento de un fallo judicial hiciera referencia a persecución política o corrupción al elector, por tanto, no vulnera los fines esenciales de dicha ley”

No es cierto, la ley es clara y las sentencias de simple nulidad y que declararon la nulidad del acto administrativo de carácter general que le dio origen al

*decreto 086 de 2013, nunca ordenaron desconocer los derechos de defensa de los empleados o del actor. No ordenaron suprimir o fusionar cargos. No ordenaron violar la ley 1437 de 2011, para los efectos de los derechos adquiridos por actos administrativos particulares y mucho menos dio la orden de desconocer el precepto contenido en la ley de garantías.
(...)*

FRENTE AL PUNTO DE PROTECCION INTEGRAL EN RAZON AL ESTADO DE SALUD, manifiesta el ad quo que; “Finalmente, en punto de la protección especial que ostentan las personas con disminución física, al tenor de lo establecido en el decreto 1083 de 2015 adicionado por el decreto 648 de 2017, no se observa que el demandante haya obtenido el dictamen de calificación de la EPS, ARL o Junta Calificadora de Invalidez y haya comunicado el resultado al jefe de personal.”

Argumento el ad quo que el DEMANDADO no tenía conocimiento de la situación de salud del demandante y que la no existencia de calificación no daba lugar para tener que tener autorización del MINISTERIO DEL TRABAJO.

Al respecto debo precisar que el demandado se encontraba en trámite de calificación conforme se puede evidenciar en su HISTORIA CLINICA aportada con la demanda y que da cuenta de los padecimientos de salud del demandante.

Demostrándose con lo anterior que el demandante se encontraba en proceso de calificación del PCL (...).” (sic). (Negrillas y subrayados del texto original).

1.5. Trámite procesal de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación a través de auto del 15 de diciembre de 2021.

El **Ministerio Público** se abstuvo de intervenir en esta instancia procesal, según constancia secretarial obrante en el expediente electrónico².

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. 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.

2.2. 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 Teams – expediente Tribunal – archivo 009_INGRESA AL DESPACHO PARA SENTENCIA.

2.3. Problema jurídico a resolver en segunda instancia

En atención a lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018, expedida por el alcalde municipal de Flandes, mediante el cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor William Méndez Forero, en el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04.

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia de primera instancia, ya que quedó acreditado en el proceso que el acto que dio por terminado el vínculo laboral del demandante se fundó en la supresión tácita del empleo por una decisión judicial que sacó del ordenamiento jurídico la norma que establecía la planta de personal, mediante la cual se había creado el cargo que aquel venía desempeñando en provisionalidad. Por lo tanto, como la supresión del empleo es una causal del retiro del servicio, en virtud del literal l) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, se concluye que la motivación del acto de insubsistencia se ajusta a derecho.

En cuanto a que el demandante no podía ser retirado del servicio sino mediaba su consentimiento para la revocatoria del nombramiento o un fallo judicial que declarara la nulidad del acto de vinculación, porque tenía derechos consolidados en el empleo, es un razonamiento infundado, pues los nombramientos en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho. Ahora, si bien en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad,³ nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial, también lo es que en este asunto no están acreditadas ninguna de tales calidades, pues la historia clínica que reposa en el plenario prueba que el aquí demandante tiene un problema de salud, pero no que padezca alguna discapacidad o condición que impida o que dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares. Del mismo modo, como la vinculación del actor era en provisionalidad, aquí no puede pretender que le sean garantizados derechos como si fuera un funcionario de carrera administrativa.

Respecto del supuesto de la violación de la ley de garantías con la expedición del acto acusado, por cuanto afectó la planta de personal de la entidad demandada dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial de 2018, se advierte que la administración se vio compelida, por una decisión judicial, a revivir la vigencia de la norma que fijaba su planta de personal, lo cual resultaba indispensable para la continuidad en el funcionamiento de la administración. De modo que, tal como lo indicó el *a quo*, es preciso afirmar que no se evidencia que la desvinculación del aquí demandante, por supresión tácita del cargo que venía ejerciendo en la entidad accionada, en virtud del cumplimiento de un fallo judicial que sacó del ordenamiento jurídico la norma que había creado el empleo en la

³ Sentencia SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luís Ernesto Vargas Silva).

planta de personal, vulnere los fines de la prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, pues se desestima que un interés político sea el que orientó la reforma administrativa, sino que sobrevino por necesidades del servicio.

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. Marco normativo

El artículo 125 de la Constitución Política regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos. De acuerdo con ese mismo artículo, es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial. Igualmente, la Carta Política establece que, en los casos en que la Constitución o la ley expresamente lo determinen, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

Con base en lo anterior, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como “(...) *un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.*” Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado⁴.

Entre esos dos tipos de cargos se encuentran los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro sólo se podrá hacer “*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*”⁵. Ello, con miras a garantizar que, en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos.

Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción implican una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones *intuitu personae*, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo. El retiro de dichos cargos es igualmente discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspira en su nominador, aspecto

⁴ Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

⁵ Inciso 5 del artículo 125 de la Constitución Política.

que no es posible medir de manera objetiva, sino que depende de un aspecto subjetivo a evaluar en cada caso concreto⁶.

Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia⁷. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal⁸.

Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁹ ha concluido que, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *“atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”*^{10,11} En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

Dada la anterior exigencia, la Corte ha considerado que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo. El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso

⁶ SU-556 de 2014.

⁷ T-1206 de 2004.

⁸ SU-556 de 2014.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Sentencia T-1310 de 2005.

¹¹ C-279 de 2007.

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.¹²

Es importante aclarar que dicha interpretación, respecto a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogida por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s 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. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

Dicha regulación ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, en los siguientes términos:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).”¹³

Así las cosas, se debe entender que, con base en la Constitución Política, como manifestación de algunos de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en especial los que propugnan por la igualdad, la prosperidad y la protección al sistema de carrera como regla general para ingresar al servicio público, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Así quedó expresamente consagrado en la Ley 909 de 2004; y, por tanto, es claro que, antes y después de la existencia de normatividad expresa, el desconocimiento de dicho deber de motivar este tipo de actos administrativos constituye un vicio de nulidad.

En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corte, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a

¹² SU-556 de 2014.

¹³ Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-08).

situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, 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) <Literal INEXEQUIBLE>

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 50. 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 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

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

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

El Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. *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.”* (Se subraya)

2.4.2. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado oportunamente en el proceso, que no fue desconocido o tachado, se encuentra acreditado lo siguiente:

- En el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008 mediante el cual se había fijado la planta de cargos del Municipio de Flandes, no se contempló el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04.¹⁴
- Con el Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, se estableció una nueva planta de cargos para el Municipio de Flandes, y allí, entre otros, se crearon (03) tres cargos de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04.¹⁵
- Mediante la Resolución 453 del 10 de julio de 2014, el alcalde municipal de Flandes nombró en provisionalidad al señor William Manuel Méndez Forero, para ejercer uno de los cargos de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, creado con el antedicho Decreto 086 de 2013.¹⁶
- El señor William Manuel Méndez Forero tomó posesión del mentado cargo el 16 de julio de 2014.¹⁷
- Por medio de la Resolución 01 del 02 de enero de 2015 se prorrogó el citado nombramiento desde la fecha de expedición de este acto hasta la provisión del empleo por concurso de mérito.¹⁸
- El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué¹⁹ declaró la nulidad absoluta del Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, por medio del cual se había establecido la planta de cargos para el Municipio de Flandes.²⁰ La anterior decisión fue confirmada en segunda instancia por esta Corporación mediante fallo del 28 de enero de 2018.²¹
- En virtud a lo anterior, y en aplicación de la teoría de la reviviscencia de la norma derogada, con el Decreto 021 del 21 de febrero de 2018, el ente accionado, dispuso: *“TÉNGASE como Planta de Personal del Municipio de Flandes, la establecida en el Decreto No. 173 del 31 de diciembre de 2008 (...) por ser el acto administrativo que se encontraba vigente con antelación al acto declarado nulo.”* (sic). Aquí también se ordenó la expedición de los actos administrativos *“mediante los cuales se incorporan a la planta de personal contenida en el Decreto 173 de 2008 a los funcionarios inscritos en carrera administrativa, al igual que los nombrados en provisionalidad y libre nombramiento y remoción.”*²²
- A través de la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018 se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor William Manuel Méndez Forero, en el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, como consecuencia de la nulidad del Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, que había creado el cargo en la planta de personal del Municipio de Flandes.²³

En las consideraciones del acto en cita se dejó anotado que: *“la razón o motivación que impone y justifica la terminación y desvinculación de los empleados en provisionalidad que fueron nombrados e incorporados en el decreto anulado, obedece a una putísima razón de que los cargos que ocupan*

¹⁴ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 234 a la 235.

¹⁵ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 236 a la 238.

¹⁶ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 34 a la 35.

¹⁷ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – página 36.

¹⁸ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 37 a la 39.

¹⁹ Dentro de proceso de simple nulidad con radicado 73001-33-33-007-2014-00043-00.

²⁰ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 139 a la 157.

²¹ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 158 a la 183.

²² Teams – expediente juzgado - 02CuadernoPrincipalTomoll – páginas 2 a la 20.

²³ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 4 a la 33.

ya no existe, toda vez que fueron cobijados por la nulidad y por ende no se encuentran contemplados en la planta que se adoptó mediante el Decreto No. 021 del 21 de febrero de 2018, situación que se puede equiparar a las consecuencias derivadas de la supresión de un empleo y en este sentido debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 2400 de 1968”, que reza:

“ARTÍCULO 28. La supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña, salvo lo que se dispone para empleados inscritos en carrera.”

- Por intermedio del Oficio ATEP 2592-18 del 18 de junio de 2018 la EPS SANITAS solicitó a la administración municipal de Flandes información para el estudio de origen del diagnóstico de disco lumbar y otros con radiculopatía en el señor William Manuel Méndez Forero,²⁴ reiterada en oficio ATEP-4087-19 de 27 de junio de 2019²⁵, peticiones que fueron contestada con los Oficios TH-376-2018 de 25 de junio de 2018²⁶ y TH-140-2019 de 9 de julio de 2019 (fl 79 ad03).²⁷
- Según copia de la historia clínica que aportó el actor como anexo de la demanda es posible constatar que éste padece trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía.²⁸

2.5. Caso concreto

Como ya quedó establecido líneas atrás, el objeto de la presente *litis* se contrae a estudiar la legalidad de la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018, mediante la cual el alcalde de Flandes dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor William Méndez Forero, en el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04.

Según la tesis de la parte actora, el acto demandado es nulo por violación del derecho al debido proceso y por desconocimiento de situaciones jurídicamente consolidadas, que para ser modificadas requerían de consentimiento expreso y escrito de su beneficiario, o en su defecto, que el acto de nombramiento debía haber sido anulado o suspendido por la jurisdicción, para que la desvinculación laboral con la entidad fuera legal.

Encuentra la Sala que, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso, y a la garantía de los principios de legalidad y publicidad establecidos en la Constitución de 1991, los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad deben ser motivados, *“toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas”*²⁹. Así las cosas, desconocer dicho deber implica una vulneración de los derechos del administrado afectado, y, por tanto, en virtud del artículo 138 del CPACA, es un acto viciado de nulidad que lleva al restablecimiento del derecho.

En este proceso es claro que el demandante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, creado con el Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, que

²⁴ Teams – expediente juzgado - 03CuadernoPrincipalTomolIII – páginas 66 a la 67.

²⁵ Teams – expediente juzgado - 03CuadernoPrincipalTomolIII – página 77.

²⁶ Teams – expediente juzgado - 03CuadernoPrincipalTomolIII – páginas 69 a la 71.

²⁷ Teams – expediente juzgado - 03CuadernoPrincipalTomolIII – página 78.

²⁸ Teams – expediente juzgado - 01CuadernoPrincipalTomol – páginas 41 a la 63.

²⁹ Sentencia SU-691 de 2011.

estableció la planta de personal del municipio demandado. También es cierto que esta jurisdicción sacó del ordenamiento jurídico el mentado decreto y, por consiguiente, la administración de Flandes, a través del Decreto 021 del 21 de febrero de 2018, apelando a la figura de la reviviscencia normativa, dispuso tener como planta de personal la establecida en el Decreto 173 de 2008, vigente con antelación a la expedición del acto nulo.

Sobre el fenómeno jurídico de la reviviscencia o reincorporación de normas derogadas, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto emitido el 28 de enero de 2015, identificado con el número 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243), manifestó lo siguiente:

“(...) tal como ha sido desarrollado en la jurisprudencia desde hace varias décadas, consiste precisamente en que disposiciones legales o con fuerza de ley que han sido derogadas por otras, ya sea de manera expresa o bien tácita (incluyendo la denominada derogación “integral o sistemática”), recuperan su vigencia y efectos jurídicos por obra de la declaratoria de inexecutable de las normas que las derogaron, pronunciada por el órgano judicial competente (Corte Constitucional o Consejo de Estado, según el caso)”.

Bien, con ocasión a una demanda de nulidad de un acuerdo, la misma Corporación en sentencia proferida el 04 de mayo de 2015, dentro del expediente 19300, ponencia del magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez, frente a esta figura precisó lo siguiente:

*“El efecto de la sentencia de nulidad de los reglamentos y actos generales frente a las normas derogadas por el propio acto o reglamento que se anula es el de, en **principio**, revivir la vigencia de la norma derogada siempre que haya vacío normativo, vacío que entorpecería la acción de la administración.”*
(Negrilla fuera del texto)

Ahora, si bien es cierto que la sentencia que retiró del ordenamiento jurídico el Decreto 086 de 2013 no se mencionó la aplicación de la reviviscencia, también lo es que, en principio, podría aplicarse la norma que fue derogada mediante el acto declarado nulo, para suplir el vacío normativo, máxime cuando se trata de la norma que fijaba la planta de personal de la entidad, y que sin ella no podría funcionar.

También consta en el proceso que la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018, expedida por el alcalde municipal de Flandes, por medio de la cual se da por terminado el nombramiento al actor, expuso las siguientes consideraciones en que se motivó la decisión. Veamos:

“(...) con ocasión de la declaratoria de nulidad del Decreto No. 086 de 2013, se hace necesario determinar cuál o cuales son los actos administrativos vigentes que regulan lo relacionado con la planta de personal del Municipio de Flandes, de cara a la inexistencia de la misma.
(...)

Así entonces, en el presente asunto, por converger los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional en sentencia 402 de 2010, resulta oportuno dar aplicación a la teoría de la reviviscencia de cara al Decreto No 173 del 31 de diciembre de 2008, por ser éste el que en su oportunidad fue derogado por el Decreto No 086 sin que ello afecte la legalidad de los Decretos No 083, 084 y 085.

Bajo este contexto, declarado nulo el acto administrativo que estableció la planta de personal del Municipio de Flandes – Tolima, RENACE O REVIVE el acto administrativo anterior, esto es, el contenido en el Decreto No 173 del 31 de diciembre de 2008.

En consecuencia, se deberán expedir los actos administrativos de carácter particular y concreto mediante los cuales se incorporarán a la planta, el personal en carrera administrativa en su totalidad, al igual, que los provisionales que ingresaron a la administración municipal con antelación al decreto anulado y que además presentaron sus servicios en vigencia de este, así como también, se hará la incorporación de algunos funcionarios del nivel directivo.

En igual sentido, y con el fin de dar cumplimiento a la sentencia que se adopta mediante el presente acto administrativo, se expedirán los actos que darán por terminados los nombramientos en provisionalidad efectuados en el año 2014, y que se hicieron en los cargos que fueron creados o adicionados en la planta declarada nula, con fundamento en lo señalado en el artículo 28 del Decreto 2400 de 1968, que al tenor reza:

“ARTÍCULO 28. La supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña, salvo lo que se dispone para empleados inscritos en una carrera.”

La planta de personal establecida en el Decreto No. 173 del 31 de diciembre de 2008, era y será en lo sucesivo la siguiente:

NÚMERO DE CARGOS	DEPENDENCIA Y NOMBRE	CÓDIGO
1	ALCALDE MUNICIPAL	005
1	DIRECTOR LOCAL DE SALUD	080
4	SECRETARIO DE DESPACHO	080
3	JEFE DE OFICINA	005
1	ASESOR	105
1	COMISARIO DE FAMILIA	202
1	ALMACENISTA GENERAL	215
4	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219
2	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219
1	INSPECTOR DE POLICÍA	306

PLANTA GLOBAL		
5	TÉCNICO ADMINISTRATIVO	367
1	TÉCNICO ADMINISTRATIVO	367
1	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407
4	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407
1	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407
1	SECRETARIO EJECUTIVO	425
1	SECRETARIO	440
4	SECRETARIO	440
1	INSPECTOR	416
3	CELADOR	477
1	CONDUCTOR	480
42	TOTAL NÚMERO DE CARGOS	

1.3.1. LEY DE GARANTÍAS

Dado que, los empleados del municipio radicaron un oficio, en el que manifestaron sus inquietudes respecto del cumplimiento de la sentencia en

vigencia de la Ley de Garantías, resulta oportuno señalar que las providencias judiciales son de obligatorio cumplimiento, así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-367 de 2014 (...)
(...)

1.3.2. TERMINACIÓN DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES

Los empleos vinculados a la planta del municipio de en provisionalidad en virtud del referido acto administrativo 086 de 2003, no tienen fuero o estabilidad laboral que obligue a la administración a su indemnización o a prolongar su permanencia en la función pública, por cuanto se itera, desapareció del ordenamiento jurídico la norma que habilitaba la misma, de suerte, que la continuación en el cargo conlleva necesariamente un detrimento patrimonial y una violación directa a lo señalado en el artículo 122 Superior, dado que, se estaría cancelando acreencias laborales y prestaciones sociales a servidores públicos cuyos cargos no se encuentran contemplados en la respectiva planta.
(...)

En este caso en particular, la razón o motivación que impone y justifica la terminación y desvinculación de los empleados en provisionalidad que fueron nombrados e incorporados en el Decreto anulado, obedece a una potísima razón de que los cargos de que ocupan ya no existe, toda vez que fueron cobijados por la nulidad y por ende no se encuentran contemplados en la planta que se adoptó mediante el Decreto No. 021 del 21 de febrero de 2018, situación que se puede equiparar a las consecuencias derivadas de la supresión de un empleo y en este sentido debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 2400 de 1968”, (...)
(...)

Todo lo anterior para significar que, con ocasión de los efectos de la sentencia proferida por la jurisdicción Contencioso Administrativa que declaró la nulidad del Decreto 086 del 13 de septiembre de 2013, la administración por medio del presente acto administrativo, ordenará la terminación de algunas provisionalidades vinculadas con ocasión del mismo, por inexistencia de la planta que los creó y por ende inexistencia de los cargos a los cuales se les termina el nombramiento en provisionalidad, motivación que además de ser coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, resulta justificada y coherente, tal y como se hizo mención en párrafos anteriores.
(...)”

Con fundamento en lo anterior, queda sin piso que la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018 adolezca de falta de motivación, por cuanto está sustentada en la supresión tácita del cargo, consecuencia de la nulidad del acto que lo creó en la planta de personal de la entidad demandada. Como se advierte en la exposición de motivos de tal resolución, la planta de personal que quedó vigente luego de la nulidad del Decreto 086 de 2013, no contempla el cargo que venía desempeñando el demandante de Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, así que la decisión judicial que sacó del ordenamiento jurídico esta norma fue la que terminó suprimiendo implícitamente el cargo, pese a que haya sido una medida de la administración la de apelar al fenómeno jurídico de la reviviscencia normativa, que como ya se dijo, resultaba válida para llenar el vacío que entorpecería la acción de la administración, pues no podría operar sin norma que estableciera su planta de personal.

Además de lo expuesto, se reitera que la supresión del empleo ha sido prevista como una causal del retiro del servicio, en virtud del literal l) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”*

El Consejo de Estado sobre esta causal de retiro señaló lo siguiente³⁰:

“La supresión del cargo ha sido prevista como una causal de retiro del servicio³¹ para empleados públicos sean de libre nombramiento y remoción, de período o de carrera administrativa, y se justifica en la prevalencia del interés general sobre el particular.”

En cuanto a que el demandante no podía ser retirado del servicio sino mediaba su consentimiento para la revocatoria del nombramiento o un fallo judicial que declarara la nulidad del acto de vinculación, porque tenía derechos consolidados en el empleo, es un razonamiento infundado, pues los nombramientos en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho.

Ahora, si bien en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad,³² nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial, también lo es que en este asunto no están acreditadas ninguna de tales calidades, pues la historia clínica que reposa en el plenario prueba que el aquí demandante tiene un problema de salud, pero no que padezca alguna discapacidad o condición que impedida o que dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.

Del mismo modo, como la vinculación del actor era en provisionalidad, aquí no puede pretender que le sean garantizados derechos como si fuera un funcionario de carrera administrativa.

Respecto del supuesto de la violación de la ley de garantías con la expedición del acto acusado, por cuanto afectó la planta de personal de la entidad demandada dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial de 2018, ha de insistirse que, en este caso, la administración se vio compelida, por una decisión judicial, a revivir la vigencia de la norma que fijaba su planta de personal, lo cual resultaba indispensable para la continuidad en el funcionamiento de la administración.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 00205 de 2018³³, sobre la finalidad de la Ley 996 de 2005, en punto a la prohibición de movimientos en nómina, indicó:

³⁰ Sentencia del 13 de junio de 2013 radicación número 11001-03-25-000-2011-00642-00 (2490-11) M.P. Alfonso Vargas Rincón

³¹ Artículo 25, literal c) del Decreto 2400 de 1968.

³² Sentencia SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luis Ernesto Vargas Silva).

³³ Rad. No.: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366).

“La prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 comporta en principio la suspensión temporal de la facultad que tiene la autoridad pública nominadora para realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores. Asimismo, implica que no se pueden crear nuevos cargos. iv) Las prohibiciones no son absolutas, pues la ley establece una serie de excepciones, las cuales tienen como propósito mantener el equilibrio entre los principios de moralidad administrativa y eficacia. Asimismo, buscan proteger los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado. (...) En lo que respecta al artículo 38 el legislador autorizó la provisión de cargos ante la ocurrencia de faltas definitivas producidas por muerte o renuncia, o cuando resulte necesaria la aplicación de las normas de carrera administrativa. Ahora bien, la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al interpretar la norma, han concluido que dichas faltas definitivas no son las únicas que pueden presentarse. Lo anterior, teniendo en cuenta que la igualdad que se persigue a través de la Ley de Garantías Electorales no puede menoscabar los intereses públicos.(...) La provisión de cargos vacantes después de la entrada en vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005 puede llevarse a cabo en ciertos casos para solventar situaciones derivadas por muerte, renuncia o por cualquier otra causa legal que produzca la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulten indispensables para el buen funcionamiento de la administración pública”

De modo que, tal como lo indicó el *a quo*, es preciso afirmar que no se evidencia que la desvinculación del aquí demandante, por supresión tácita del cargo que venía ejerciendo en la entidad accionada, en virtud del cumplimiento de un fallo judicial que sacó del ordenamiento jurídico la norma que había creado el empleo en la planta de personal, vulnere los fines de la prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, ya que no fue un interés político el que orientó la reforma administrativa, sino que sobrevino por necesidades del servicio.

2.6. Decisión de segunda instancia

Con fundamento en las anteriores consideraciones y en vista de que ninguno de los argumentos de la apelación, fueron acogidos por esta instancia, la decisión del *a quo* será confirmada.

2.7. Condena en costas

No se condenará a la parte recurrente en costas de segunda instancia, toda vez que, aunque el recurso de apelación le fue desfavorable, se advierte que la parte demandada no ejerció actuación alguna en esta instancia, ni se observa que se hayan causado.

2.8. 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 11 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia comuníquese la decisión al Juzgado de origen para lo de su competencia, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

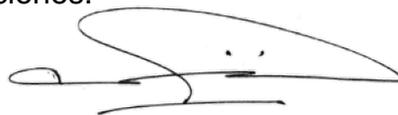
Notifíquese y cúmplase,

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

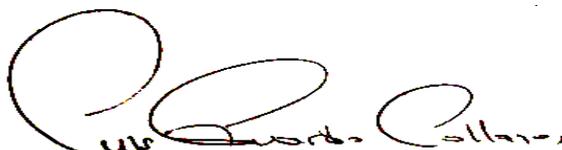
Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA