TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 165

TEMAS:	CARRERA ADMINISTRATIVA, EMPLEOS DE CARRERA Y CARGOS EN PROVISIONALIDAD - ESTABILIDAD DE LOS EMPLEADOS PROVISIONALES Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – DERECHOS DE LOS EMPLEADOS DE CARRERA PRIMAN SOBRE LOS DE LOS EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD – CARGA DE LA PRUEBA DE LA CALIDAD DE PREPENSIONADA
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, en segunda instancia el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró CARMEN MENDOZA LOAIZA contra EL MUNICIPIO DE SINCELEJO.

I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1.1. Que se Declare la nulidad del Decreto Nº 693 del 25 de octubre de 2012, "POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA UNA INSUBSISTENCIA", expedido por el Alcalde del Municipio de Sincelejo.

1.1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se restituya a la demandante en el cargo de la que fue desvinculada mediante el Decreto Nº 693 del 25 de octubre de 2012, proferido Alcalde Municipal de Sincelejo (Sucre), o en su defecto, nómbresele en un cargo de igual o de superior jerarquía.

1.1.3. Condenar a la entidad demandada a pagar los salarios, factores de salario, prestaciones sociales y demás derechos laborales que dejó de devengar durante todo el tiempo que demoró separada del Servicio Público a causa, y como consecuencia, del acto administrativo.

1.1.4. Condenar a la entidad demandada a pagar las costas que se causen de esta acción, incluyendo agencias en derecho.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Manifiesta la demandante que, fue nombrada provisionalmente en el cargo de Auxiliar Administrativo de la Institución Educativa San Vicente de Paúl de Sincelejo (Sucre), mediante el artículo 20 del Decreto N° 237 del 12 de noviembre de 2003, de la Alcaldía Municipal de Sincelejo (Sucre), cargo del que tomó

[1] Fol. 1 C- 1 Ppal.

posesión el día 22 de diciembre de 2003 ante el alcalde, como consta en el acta de posesión Nº 0644 de esa misma fecha.

Posteriormente, mediante el Decreto Nº 060 de 2004, aclarado por el Decreto 218 del 28 de julio de 2004, ambos emanados de la Alcaldía Municipal de Sincelejo (Sucre), aduce que, sin solución de continuidad, fue nombrada en el cargo de Secretaria, Código 540 Grado 13, en la Institución Educativa San Vicente de Paúl de esta ciudad, del que tomó posesión el 11 de agosto de 2004, como consta en el Acta de Posesión Nº 2786 de esa misma fecha.

Afirma que, mediante Decreto Nº 412 de 2008, de la Alcaldía Municipal de Sincelejo, la actora fue homologada e incorporada a la Planta de Cargos de la Secretaría de Educación Municipal al cargo de auxiliar administrativo, Código 407 Grado 32, lo cual le fue comunicado mediante Oficio de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, fechado en esta ciudad el 1 de octubre de 2008, del que tomó posesión el 1 de octubre de 2008, como consta en el Acta Nº 00343 de esa misma fecha.

Menciona que, mediante el Decreto Nº 693 del 25 de octubre de 2012, proferido por el alcalde Municipal de Sincelejo, fue declarada insubsistente del cargo de auxiliar administrativo, Código 407 Grado 32 Código OPEC 38188, adscrito a la Institución Educativa San Vicente de Paúl de la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Sincelejo.

Aduce que, el motivo determinante de la declaratoria de insubsistencia de la demandante del cargo que se venía desempeñando, consistía en que estaba nombrada en provisionalidad y, siendo este un cargo de carrera, se sometió a concurso de méritos, mediante convocatoria Nº 001 de 2005 Grupo II, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), entidad que, una vez hechos los exámenes y evaluaciones correspondientes, conformó la lista de elegibles para proveer la vacante del empleo señalado con el Nº OPEC 38188,

que corresponde al de auxiliar administrativo Código 407 Grado 09, mediante la Resolución Nº 3158 del 13 de septiembre de 2012, *"Por la cual se conforma lista de elegibles para proveer un empleo de carrera de la entidad en el MUNICIPIO de Sincelejo convocado a través de la Aplicación IV de la Convocatoria Nº 001 de 2005"*, en la que en el primer lugar, por obtener el mayor puntaje, quedó el señor OSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ.

Señala que, el alcalde nombró al señor ÓSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ en el cargo de la ahora actora, mediante el Decreto Nº 694 del 25 de octubre de 2012. Para nombrar al mentado señor, el Alcalde declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de auxiliar administrativo Código 407 Grado 32, afirmando que aquél fue seleccionado, mediante el Articulo 1º de la Resolución Nº 3158 del 13 de septiembre de 2012 de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en el primer puesto de la Lista de Elegibles para el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 09, y no para aquél que es Grado 34 (sic).

Informa que, una vez posesionado en el cargo el señor ÓSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ, este se presentó ante el rector de la institución educativa San Antonio de Paúl, pero cuando el rector le fue a entregar la pagaduría, cargo que desempeñaba la demandante, este le dijo que no había concursado para tomar la pagaduría sino para el cargo de bibliotecario.

Aduce que, la Alcaldía no verificó el cumplimiento, por parte del señor ÓSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ, de los requisitos y calidades para el cargo, de acuerdo con lo establecido en la Convocatoria Nº 001 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución Nº 3158 del 13 de septiembre de 2012 de la CNSC, por lo que no se percató en el proceso administrativo de su nombramiento, del que hizo parte la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante, que aquel estaba siendo investigado disciplinariamente por la Procuraduría Provincial de Sincelejo, lo cual ocasionó

la destitución del cargo e inhabilidad para ejercer cargos públicos.

Afirma que, no se tuvo en cuenta que la actora es mujer cabeza de hogar, y que se encuentra en la condición de pre-pensionada.

1.3 NORMAS VIOLADAS:

Se citan como normas violadas, los artículos 29 de la C.P., en concordancia con el artículo 121 y el inc. 2° del art. 123 *ibídem*, El artículo 53 de la C.P., en concordancia con los artículos 43 y 44 de ese mismo cuerpo superior de normas

1.4 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Como concepto de la violación, manifiesta la parte actora que con el acto administrativo demandado, se infringieron normas de orden constitucional como el principio de legalidad cuando del debido proceso en asuntos administrativos se trata y se encuentra falsamente motivado, dado que asegura que el cargo que se sometió a concurso, fue el de Auxiliar Administrativo Código 407, grado 09, el que es diferente al ocupado por la demandante.

También invoco el artículo 53 de la constitución ya que se procedió ante la actora de una manera inesperada atentando contra la estabilidad laboral reforzada de una servidora pública madre cabeza de familia.

1.5 ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 9 de mayo de 2013 (fol. 1 a 7 C-1 Ppal.).
- Admisión de la demanda: 16 de julio de 2013 (fol. 55 C-1 Ppal.).
- Notificación a las partes: 15 de agosto de 2013 (fol. 56 a 57 C-1 Ppal.)

- Contestación de la demanda: 30 de octubre de 2013 (fol. 62 a 76 C-1Ppal)
- Audiencia Inicial: 4 de febrero de 2014 (fol. 107 a 108 C-1 Ppal.)
- Audiencia de Pruebas: 7 de marzo de 2014 (fol. 124 a 125 C-1 Ppal.).
- Alegatos de conclusión de primera instancia: 21 de marzo de 2014 (fol. 127 a 128 C-1 Ppal.)
- Sentencia Primera Instancia: 20 de mayo de 2014 (fol. 131 a 138 C-1 Ppal.)

- Recurso de apelación: parte demandante 4 de junio de 2014 (fol. 152 a 154 C-2 Ppal.)
- Admisión del recurso de apelación: 2 de julio de 2014 (fol. 03 C-2 Ppal.)
- Traslado de alegatos: 21 de julio de 2014 (fol. 13 C-2 Ppal.)
- Alegatos de conclusión de segunda instancia: parte demandada 28 de julio de 2014 (fol. 21 a 23 C-2 Ppal.)

1.5.1 RESPUESTA A LA DEMANDA[2]:

La parte demandada, se aclara que el Ministerio de Educación Nacional, mediante oficio de fecha 25 de septiembre de 2008, fue el que le propuso al municipio de Sincelejo realizar la homologación de los Auxiliares Administrativos, al código 407 grado 32-33, afirma que por tal motivo la actora confunde lo relacionado con el cargo ofertado en la convocatoria.

Expresa que, para la fecha de la convocatoria No. 001 de 2005, la demandante ostentaba el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 09, cargo este que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución No. 3158 de 2012, conformó la lista de elegibles.

[2] Fols. 62 a 76 C-1 PAL

Propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó que el acto administrativo se encuentra ajustado a derecho, improcedente de atacar actos de trámite, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

1.5.2 PROVIDENCIA RECURRIDA[3]:

La Juez de instancia, denegó las pretensiones de la demanda, al considerar que la actora desempeñaba un cargo en provisionalidad y fue desvinculada con motivo en el nombramiento en carrera de quien superó las etapas del concurso. En cuanto a la diferencia de grado al cargo que desempeñaba la accionante y el nombrado en carrera, aseguró que el cambio de grado se debió al proceso de homologación de los empleados de la educación municipal, y por ello aseguró que si se trataba del mismo cargo.

En cuanto a la calidad de prepensionada de la actora, consideró que en su calidad de provisional, no le asiste fueron de estabilidad alguno, por no asistirles los mismos derechos que los nombrados en carrera.

1.7. RECURSO DE APELACION [4]:

La parte demandante, inconforme con la decisión adoptada por el *A quo* en el fallo de primera instancia, de manera oportuna, interpuso el recurso de apelación en el siguiente sentido:

Manifiesta su inconformidad con el fallo, aduciendo que no se demostró que el cargo ofertado en el concurso de méritos, fuere el mismo que ocupaba la actora, dado que esta ostentaba el de auxiliar administrativo código 540 grado 13 y no el de Auxiliar Administrativo código 407 grado 09, por lo que no se demuestra que este, que fue el ofertado, sea el desempeñado por la actora al momento de su desvinculación, de Auxiliar Administrativo código 407 grado 32.

---

[3] Fol. 131 a 138 C- 1 Ppal.
[4] Fol. 152 a 154

Asegura que, conforme el artículo 15 del Decreto 785 de 2005, el empleo se identifica con el código y el grado, y el desempeñado por la actora no corresponde al ofertado en el concurso ya referido.

Concluye afirmando que en el caso bajo estudio, fue el municipio quien creó una confusión en los cargos, acarreándole un perjuicio grave a la actora, la que por falta de precisión y claridad con respecto al puesto convocado al concurso, se le privó de la posibilidad de participar en este.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSION DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 2 de julio de 2014 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Igualmente, mediante auto del 21 de julio de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio público para que emitiera su respectivo concepto.

En esta oportunidad procesal, el demandado, mediante escrito recibido el 28 de julio de 2014, presentó sus alegatos, en donde reitera los argumentos expuestos en el libelo de contestación y los argumentos acogidos por el *A quo*, afirmando que la demandante no aportó ningún argumento o elemento probatorio que tuviera tal fuerza para revocar la providencia de primera instancia

La parte demandante guardó silencio.

1.9. El MINISTERIO PÚBLICO no emitió concepto al respecto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Sala es competente, para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia. Se advierte

que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

En este punto, es menester advertir, que conforme a las normas que regulan la materia, la competencia del *Ad quem*, se encuentra claramente determinada por los argumentos de la apelación, tal como lo consagra el artículo 328 del C.G.P., normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO[5], razón por la cual se presenta como problema jurídico, el siguiente, con fundamento en los planteamientos del recurrente:

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

¿Se considera falsamente motivado o violatorio de las normas en que debía fundarse, el acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente a un empleado nombrado en provisionalidad, bajo el argumento de designar de la lista de elegibles a persona que ganó la plaza en concurso de méritos, existiendo inconsistencias en el grado de los mencionados cargos?

Para solucionar a estos interrogantes, es necesario que la Corporación entre a estudiar los siguientes temas: **i)** Carrera administrativa y empleos de carrera, **ii)** Los cargos en provisionalidad y la estabilidad de estos empleos, **iii)** Primacía de la realidad sobre las formas, y el **iv)** Caso concreto.

Por lo anterior, pasa el despacho a decidir de fondo el proceso:

---

[5] Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

2.2. CARRERA ADMINISTRATIVA Y EMPLEOS DE CARRERA:

La carrera administrativa ha sido definida dentro del marco normativo de la Ley 909 de 2004 de la siguiente forma:

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

A su vez la doctrina se ha encargado de definirla como "*una institución jurídica, que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos tanto de la administración como del empleado, de tal forma que el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso."* [6]

En lo referente al tema, la H. Corte Constitucional[7] expuso, que la finalidad de la carrera administrativa descansa sobre unos fines puntuales, como; **i)** la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; **ii)** la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; **iii)** la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y **iv)** la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines. Lo anterior es consecuencia del cumplimiento eficaz de los fines trazados dentro del Estado social derecho que propende por el desarrollo adecuado de los principios legales y constitucionales creados en torno a los derechos y deberes de la administración y de los administrados[8].

---

[6] VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Laboral Administrativo, 2008, Tomo 1, Pág. 291.
[7] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-901 de 2008.M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
[8] Reitera la CORTE CONSTITUCIONAL sobre el tema de la carrera administrativa **como m**ecanismo general y preferente para el acceso al servicio público: "*El artículo 125 de la Constitución establece a la carrera*

Es así como la Constitución Política de 1991 en el Capítulo II del Título V, reguló lo atinente a la Función Pública, estableciendo lo concerniente al empleo público; la clasificación de los servidores públicos, su responsabilidad, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Dentro del mentado capítulo encontramos que en la preceptiva contenida en el artículo 125, el constituyente estatuyó la forma cómo se accede al empleo público, así:

> *"Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*
>
> *Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*
>
> *El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*
>
> *El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*
>
> *En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*
>
> *PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido."*

Como vemos, la normativa en cita estableció que los empleos en los diferentes

---

administrativa basada en la evaluación del mérito, a través de concurso público, como el mecanismo general y preferente para el ingreso de los ciudadanos al servicio público. En efecto, la norma constitucional prescribe distintas reglas que corroboran esta conclusión. Así, indica que (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso de los cargos en que ni la Constitución ni la ley haya fijado el sistema de nombramiento, este se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera." Sentencia C -553 de 2010. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

órganos y entidades que conforman el aparato estatal son de carrera y que a excepción de estos, se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, siendo así la carrera administrativa la columna vertebral del empleo público en Colombia.

La norma constitucional a que se viene haciendo referencia, fue desarrollada por el legislador por intermedio 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"*, la cual en su artículo 5, erigió:

> *"ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*
> *…"*

Sobre el tema de la carrera administrativa como mecanismo general para acceder al empleo público y la reserva legal para establecer las excepciones a dicho régimen, considera menester esta Colegiatura, citar un aparte de la Sentencia C- 306 de 1995[9] en la cual la H. CORTE CONSTITUCIONAL, enseñó:

> *"El propósito de instaurar un sistema efectivo para el cumplimiento de la función pública al servicio de los intereses generales cuyo manejo está a cargo de las Ramas del Poder Público, quedó plasmado en la Constitución Política de 1991, al consagrar la carrera administrativa como un instrumento que responda a criterios que garanticen el verdadero desarrollo de los objetivos y programas de la organización del Estado sin que sea la filiación política o las recomendaciones partidistas, lo que pueda determinar el nombramiento de un servidor público para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.*
>
> *En virtud de dicha consagración y para garantizar la estabilidad en el empleo en los órganos y entidades del Estado, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad en que debe desarrollarse la función administrativa, se*

[9] REF: EXPEDIENTE No. D – 757 Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o., y 8o. del artículo 4o. de la Ley 27 de 1992, "por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones". MATERIA: De los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción en el nivel territorial. ACTOR: LUIS ALBERTO SEPULVEDA VILLAMIZAR MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

estableció en la Carta Fundamental que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, a fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos, sin que puedan tenerse en cuenta para los efectos del acceso a la función pública, su promoción o su retiro, móviles de carácter político que perturban la acción del Estado en el adecuado cumplimiento de sus fines.

El artículo 125 de la Constitución Política prescribe que: "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera" y en consecuencia, "Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público". Acorde con el sistema de carrera y con el mérito que le es consustancial también determina el precepto que "El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes", además, la permanencia en el servicio está sujeta a la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo y de la disciplina, sin perjuicio de otras causales de retiro previstas en la Constitución o en la ley; adicionalmente, y conforme a lo expresado en el artículo 125 de la Carta señala que "En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción"

En lo que atañe a las excepciones a la regla general que, como se ha visto, está constituida por el sistema de carrera, la norma superior excluye los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".
En el último de los eventos se advierte la consagración de una causal exceptiva abierta que otorga al legislador la competencia para determinar cuáles empleos, además de los previstos en la propia Constitución Política, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el desarrollo de esa competencia que el artículo 125 superior otorga "un carácter restrictivo para que no vaya por esta vía a desaparecer, mediante una interpretación contraria, la regla general dispuesta por el Constituyente, a través de disposiciones expedidas por el legislador" (Sentencia No. C-356 de 1994 MP.: Dr. Fabio Morón Díaz).

Así mismo, en la sentencia No. C-195 de 1994 emanada de la Sala Plena de esta Corporación, se expuso sobre el particular:

"Encuentra la Corte que a la luz de la Constitución se pueden establecer unas excepciones al principio general de la carrera administrativa, pero siempre conservando la prioridad del sistema de carrera, connatural con los principios no sólo de eficacia y eficiencia y estabilidad administrativas, sino con la justicia misma de la función pública, que no es compatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro del cargo."

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, y en lo que respecta al tema de la

provisionalidad en el ejercicio de la función pública, considera esta Colegiatura pertinente traer a colación el marco normativo referente a los nombramientos en provisionalidad:

La Ley 909 de 2004 consagra que el derecho preferencial de los empleados de carrera obedece a las aptitudes y habilidades de desempeño, a no haber sido sancionado en el último año y a la evaluación de desempeño sobresaliente que genere, es aquí entonces donde toma vital importancia los postulados del mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública.

2.3. LOS CARGOS EN PROVISIONALIDAD Y LA ESTABILIDAD DE ESTOS EMPLEOS:

Ahora bien, respecto a los empleados en provisionalidad en vigencia de la Ley 909 de 2004 se puede destacar lo mencionado en el artículo 23, que señaló la regla general, según la cual, los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Y en su artículo 25 dispuso:

> *"PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".*

Teniendo en cuenta lo anterior, tal como se dijo en líneas anteriores el desarrollo de la función pública y el acceso a las distintas clases de cargos toma su origen en las normas constitucionales y legales previstas para tal fin *verbi gratia* hacen parte de loa anterior:

- Empleos públicos de carrera.
- Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.
- Empleos de período fijo.
- Empleos temporales (artículo 1, Ley 909/2004).

El desarrollo legal de los empleados provisionales, hoy en día, se puede observar tanto en la Ley 909 de 2004, así como en su Decreto reglamentario 1227 de 2005, normas que por su importancia para el tema, se traen a colación:

> *"Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (…) Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad".*
>
> *Artículo 8º. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la ley 909 de 2004.*
> *El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.*
>
> *Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.*
>
> *Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*
>
> *Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto a administrativo expedido por el nominador.*

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

Son estas pues las normas que rigen la condición de los empleados nombrados en provisionalidad, y se puede destacar de lo anterior, que la Ley 909 y su Decreto reglamentario le dieron plenos efectos a la característica endeble o inestable de los nombramientos provisionales al señalar que estos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, solo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Por otra parte, sobre el tema de la estabilidad de los empleados en provisionalidad, en términos generales, es importante resaltar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, de acuerdo a la evolución jurisprudencial existente, en la actualidad comparten el criterio de que las personas que detentan un cargo en provisionalidad solo pueden ser separadas del mismo a través de un acto administrativo debidamente motivado, atendiendo la calidad de reglado del acto que disponga este tipo de decisiones administrativas. Lo anterior, con fundamento en el artículo 29 de la C.P. que consagra el debido proceso y con ello la necesidad de conocer las razones que dan lugar a la adopción de la decisión administrativa, y en el mandato expreso del legislador en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004[10].

Por lo expuesto y teniendo en cuenta la norma legal pre transcrita, la interpretación constitucional de la motivación del acto, no solo de remoción sino del que cambie las condiciones del nombramiento de un empleados en

[10] "*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."

provisionalidad, en vigencia de la Ley 909 de 2004, es un acto reglado y por ende debe ser motivado, interpretación que tiene su soporte en la nueva normativa y en la interpretación que de ella han hecho tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado.

2.4. PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS :

Sea lo primero advertir lo dicho con antelación, sobre el entendido de conocer la carrera administrativa como el 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, cuyo objetivo, es el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa, tiene la connotación exclusiva del mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación de ninguna naturaleza; y en el entendido, que el mérito es la acción que convierte a una persona en digna de ser tenida en cuenta, a la par que justifica un reconocimiento o un logro.

Así las cosas, podemos observar, que con la Constitución Política promulgada en 1991, Colombia entró en la era del Constitucionalismo que irradia al derecho laboral y a sus garantías, muestra de ello, es como el texto fundamental trae abundantes preceptos que lo evocan, tal es el caso que desde su preámbulo se denota una renovada concepción sobre el derecho al trabajo, quedando instituido como un fin de los que el Estado pretende conseguir dentro de la organización social, ello se refleja en su artículo 1, el cual lo instituye como pilar principal del Estado social de derecho.

Teniendo en cuenta esto se ha dado paso a la aplicación de principios que vayan en pro de la protección laboral, uno de ellos es el "principio de la realidad sobre las formas", del cual se podría decir que toma su génesis con la expedición de la carta superior de 1991, más puntualmente en lo que respecta al artículo 53, no

obstante la primacía de la realidad sobre la forma no nace con el texto constitucional, sino que posee amplia consagración en las normas laborales como principio informador de esta área del derecho, tanto en el sector público como en el privado.

Podemos encontrar además de la mentada norma artículos como el 25 superior que consagra la especial protección al trabajo en el sentido que lo define como un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado y el artículo 40 *ibídem,* como manifestación de del derecho a participar dentro de la conformación, ejercicio y control del poder político, teniendo en cuenta el caso que nos ocupa que no es otro que la controversia que suscita en torno al nombramiento en un cargo de carrera administrativa, ofertado mediante convocatoria pública a concurso de méritos.

En este orden de ideas, podemos mencionar que el "principio de primacía de realidad sobre las formas" en el campo de los concursos de méritos se asocia más al fin de garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y por otra la de el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución.

Basten los anteriores análisis normativos y jurisprudenciales para entrar a estudiar

2.5. EL CASO CONCRETO:

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, esta Corporación centrará el análisis de la actuación de conformidad a los siguientes:

2.7.1. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS:

Se encuentra plenamente demostrado dentro del expediente:

1. Que la demandante fue nombrada provisionalmente, en el cargo de Auxiliar Administrativo de la Institución Educativa San Vicente de Paúl de

Sincelejo (Sucre), mediante el artículo 20 del Decreto Nº 237 del 12 de noviembre de 2003, de la Alcaldía Municipal de Sincelejo (Sucre), cargo del cual tomó posesión el día 22 de diciembre de 2003 ante el alcalde como consta en el acta de posesión Nº 0644 de esa misma fecha (fol. 13 y 15 C. Ppal.).

2. Posteriormente, mediante el Decreto Nº 060 de 2004, aclarado por el Decreto 218 del 28 de julio de 2004, ambos emanados de la Alcaldía Municipal de Sincelejo (Sucre), aduce que sin solución de continuidad, actora fue nombrada en el cargo de Secretaria, Código 540 Grado 13, en la Institución Educativa San Vicente de Paúl de esta ciudad, del que tomó posesión el 11 de agosto de dos mil cuatro 2004, como consta en el Acta de Posesión Nº 2786 de esa misma fecha (fol. 16 y 100 C. Ppal.).

3. Que mediante Decreto Nº 412 de 2008, de la Alcaldía Municipal de Sincelejo, la actora fue homologada e incorporada a la Planta de Cargos de la Secretaría de Educación Municipal al cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407 Grado 32, lo cual le fue comunicado mediante Oficio de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, fechado en esta ciudad el 1 de octubre de 2008, cargo del que tomó posesión el 1 de octubre de 2008, como consta en el Acta Nº 00343 de esa misma fecha, que reposa en la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo (fol. 17, 18, 82, 86 y 94 C. Ppal.).

4. Que fue declarara insubsistente mediante el Decreto Nº 693 del 25 de octubre de 2012, del cargo ya identificado, aduciendo que mediante convocatoria Nº 001 de 2005 Grupo II, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), una vez hechos los exámenes y evaluaciones correspondientes, conformó la lista de elegibles para proveer la vacante del empleo señalado con el Nº OPEC 38188, que corresponde al de auxiliar administrativo Código 407 Grado 09, mediante la Resolución Nº 3158 del 13 de septiembre de 2012, "Por la cual se conforma lista de

elegibles para proveer un empleo de carrera de la entidad en el MUNICIPIO de Sincelejo convocado a través de la Aplicación IV de la Convocatoria Nº 001 de 2005", en la que en el primer lugar, por obtener el mayor puntaje, quedó el señor ÓSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ.

Ahora bien, en vista de lo anterior se considera pertinente resaltar lo expuesto en el Decreto 785 de 2005 "*por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004",* que en su artículo 20 establece:

*"**Artículo 20.** Nivel Asistencial. El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:*

Cód.	*Denominación del empleo*
…	
407	*Auxiliar Administrativo*

…"

Así las cosas, si bien, el código del último del que se tiene prueba que desempeñaba la actora, corresponde al cargo de Secretaria, Código 540 Grado 13, el mismo es anterior a la expedición del Decreto nacional del que se acaba de hacer mención, el que claramente cambio la codificación y denominación de los cargos, por lo que el desempeñado por la actora corresponde al nivel asistencial, código 407, denominación Auxiliar Administrativo, pues con la expedición de este decreto, su código y denominación iniciales, ya indicados, debieron cambiar, según lo dispuesto en el artículo 20 ya transcrito.

Por ello, existe claridad que el cargo desempeñado por la actora, corresponde al de Auxiliar Administrativo código 407.

En lo referente al grado, el mismo hace referencia a la escala salarial aplicable el cargo[11], existiendo pruebas de que la misma fue modificada por propuesta del Ministerio de Educación Nacional (fol. 82 C. Ppal.) y materializada por el municipio a través de los Decretos 411 del 26 de septiembre de 2008 (fol. 93 C. Ppal.) y 412 del mismo día (fol. 86 C. Ppal.) en donde el cargo de la actora se le aumentó su grado al 32, hechos estos posteriores a la convocatoria No. 001 de 2005.

Se resalta en este punto, que en la planta de cargos de la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, para dicha época, solo existían dos cargos de Auxiliar Administrativo código 407 grado 32, en el nivel asistencial, sin que la actora haya demostrado, por una parte, cuál de los dos era el que ocupaba, cuáles eran las funciones de cada uno y si ambos fueron ofertados en la convocatoria mentada (fol. 94 C. Ppal.).

Con base en lo expuesto, no son de recibo para esta Magistratura los argumentos expuestos por la parte actora apelante, por las siguientes razones:

En primer lugar, tal como se dejó expuesto en líneas anteriores, la situación que aconteció con la numeración de los códigos, más que un argumento falso de la entidad para motivar el acto administrativo, fue un cambio en la codificación y grado, realizado después de la convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional de Servicio Civil, para proveer dicho cargo que se encontraba en provisionalidad, convocatoria claramente fundada en la Constitución y la Ley.

Si bien, no existe certeza de cuál era el grado del puesto de Auxiliar Administrativo código 407 desempeñado por la actora al momento de publicar la mencionada

---

[11] El Decreto 785 de 2005, consagra: *"Artículo 15. Nomenclatura de empleos. A cada uno de los niveles señalados en el artículo 3º del presente decreto, le corresponde una nomenclatura y clasificación específica de empleo.*

Para el manejo del sistema de nomenclatura y clasificación, cada empleo se identifica con un código de tres dígitos. El primero señala el nivel al cual pertenece el empleo y los dos restantes indican la denominación del cargo.

Este código deberá ser adicionado hasta con dos dígitos más que corresponderán a los grados de asignación básica que las Asambleas y los Concejos les fijen a las diferentes denominaciones de empleos."

convocatoria; se demostró que cambió el mismo en el cargo desempeñado por la accionante con motivo de la homologación ya mencionada.

Es claro para la Sala que, si la actora quería demostrar que el cargo convocado y provisto por la convocatoria 001 de 2005, no era el desempeñado por ella, era su carga demostrar[12] el código y el grado de su cargo al momento de la convocatoria, el código y el grado del convocado, y para mayor claridad, las funciones de ambos, a fin de inferir claramente que el acto no se encontraba acorde con el acontecer fáctico, hechos estos que no se encuentran acreditados dentro del expediente, máxime que en la convocatoria en aludida, **debían incluirse TODOS LOS CARGOS que hasta ese momento se encontraban en provisionalidad, y el de la demandante era uno de ellos.**

Respecto al tema de la falsa motivación ha dicho el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo[13], que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en dicha causal, es necesario que se demuestre una de dos circunstancias; **i)** Bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa, y **ii)** Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente[14].

---

[12] El demandante tiene en sus hombros la carga de demostrar la nulidad pretendida, en atención a la presunción de legalidad de la decisión de la administración contenida en el acto que se demanda. En este sentido nos ilustra el máximo tribunal de lo contencioso: *"En términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio colombiano, le "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil). De suerte que dicha norma, atribuye a las partes el deber de probar "actio incumbit probarum",- lo que conduce a concluir, que el acto acusado se considera ajustado a derecho, mientras que no se demuestre lo contrario, como eficazmente lo prescribe el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo."* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A. Sentencia del 31 de enero de 2008. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. REF: Expediente No. 73001-23-31-000-2002-01141-01 (1490-06). Actor: BETULIA OSPINA DE RUBIO C/ MUNICIPIO DE IBAGUÉ – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PÚBLICAS.

[13]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Sentencia del 15 de marzo de 2012. Radicación número: 47001-23-31-000-2010-000-31-01(18757).Actor: CESAR ROLANDO MARCUCCI VERA. Demandado: MUNICIPIO DEL DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA.

[14] Ver CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 15 de marzo de 2012. Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Radicado: 25000-23-27-000-2004-92271-

Por lo expuesto, efectivamente los hechos que tuvo en cuenta la entidad demandada para motivar la decisión, estuvieron debidamente probados a lo largo del desarrollo del proceso, caso contrario con la parte demandante que no logró probar la falsa motivación del acto acusado, y su posible nulidad; e interpretar de forma contraria le daría primacía a la forma por sobre la realidad, en desmedro de los derechos de quien accedió al cargo por méritos.

Por último, no quiere la Sala dejar pasar por alto el tema esgrimido por la actora de su condición de prepensionada. En estos casos, corresponde a quien alega dicha condición demostrarla, y por ello, conforme la interpretación jurisprudencial reiterada de la Corte Constitucional[15], poseen esta calidad, aquellas personas a las que les falte menos de tres (3) años para adquirir el estatus de pensionados. Así las cosas, dicho estatus se adquiere cuando se posee la edad requerida y se tiene el tiempo de servicios, o las semanas cotizadas exigidas para ello, es decir, son estos dos supuestos lo que debe demostrar quien pretenda alegar esta condición. En el presente caso, la actora cuenta con cincuenta y seis (56) años cumplidos, pero se desconoce, por una parte, cuál es su régimen pensional aplicable (Ley 33 de 1986 o Acuerdo 49 de 1990 del ISS) y por otra, cuál es su tiempo de servicios o las semanas cotizadas al sistema, dado que el certificado allegado de COLPENSIONES (FOL. 123 C. Ppal.) no contiene dicha información.

Por lo anterior, la actora no acredita la condición de pre pensionada que esgrime, por lo que la Sala se releva de hacer cualquier consideración sobre este punto.

Siendo así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, dado que la accionante no logró desvirtuar la presunción que enviste al acto demandado, siendo su carga el demostrar su nulidad, y en el caso concreto, no lo logró.

02(16660).

[15] Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-897 DE 2012, en donde se define este concepto, así: *"Por esta razón en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez."*

III. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que el acto administrativo contenido en el Decreto N° 693 del 25 de octubre de 2012 proferido por el MUNICIPIO DE SINCELJO – SUCRE, no vulneró las normas pretendidas por la actora, ni se encontró falsamente motivado, por lo que su presunción de legalidad no se logró desvirtuar, razones estas por lo que ha de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada que deniega las pretensiones de la actora.

IV. CONDENA EN COSTAS:

Se condenará a la parte actora al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por él *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 20 de mayo de 2014, por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante. En firme la presente providencia, por el *A quo*,

REALÍCESE la liquidación correspondiente.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 147.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ