



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintidós (22) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-009-2015-00197-01
DEMANDANTE:	JORGE LUIS MONTES GENEY
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SINCELEJO, SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 17 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹.

El señor **JORGE LUIS MONTES GENEY**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto N° 236 de mayo 12 de 2015, a través del cual, el Alcalde del **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**, dio por terminado su nombramiento, en provisionalidad, en el cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se le reintegre al empleo aludido o alguno de igual o superior jerarquía. Insta, además, el

¹ Folios 2 – 4 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

reconocimiento y pago de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social integral, causados entre la fecha de su desvinculación y la del reintegro, con todos sus ajustes debidamente indexados.

1.2 Hechos².

El señor JORGE LUIS MONTES GENEY fue nombrado en provisionalidad, dentro de la administración municipal de Sincelejo, en el cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, a través del Decreto No. 237 de 2003, sin establecerse límite temporal alguno.

El Municipio de Sincelejo, expidió el Decreto No. 0412 de 26 de septiembre de 2008, a través del cual, realizó la correspondiente denominación, código, grado y asignación mensual, de los cargos homologados, al personal administrativo del sector educativo, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, sufriendo, el cargo que ostentaba el actor cambios en cuanto a la asignación salarial, el código y el grado, quedando como Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, sin la adición del código OPEC 37040, que erradamente se indicó en el acto administrativo de desvinculación, sigla que era la usada para identificar los cargos que fueron sometidos a concurso de méritos - convocatoria 001 de 2005.

Que por medio del Decreto N° 236 de 12 de Mayo de 2015, el Alcalde del Municipio de Sincelejo, dio por terminado el nombramiento del demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, Código OPEC 38188, adscrito a la Secretaria de Educación y Cultura de Sincelejo y en ese mismo acto, se declara vacante dicho cargo.

Mediante escrito de mayo 13 de 2015, le fue comunicado al señor JORGE MONTES GENEY, el acto de insubsistencia, según dice, tomándole por sorpresa, ya que su cargo no había sido ofertado para la convocatoria 001 de 2005, en la cual se basó dicho acto y por la que se ofertaron cargos de la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo.

² Folios 4 - 8, C. 1 de primera instancia.

En dicho acto se aduce, que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 1301 del 20 de abril de 2012, por medio de la cual, se conforma la lista de elegibles para proveer empleos de carrera del municipio, convocados a través de la aplicación de la citada convocatoria. También se señala, que mediante Decreto No. 385 de 2012, se declaró insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, Código OPEC 37040 al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN, para nombrar en periodo de prueba a quien correspondiera según la lista, pero este Tribunal ordenó su reintegro; por lo anterior, la Alcaldía de Sincelejo, procedía a desvincular al señor JORGE LUIS MONTES GENEY.

Manifiesta el demandante, que es improcedente que el Municipio de Sincelejo - Sucre, profiera el decreto de insubsistencia para generar la vacante del cargo y reintegrar al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLON, toda vez, que dicho reintegro no se efectúa en calidad de periodo de prueba para darle cumplimiento a un proceso de concurso de mérito, sino en calidad de provisional, lo cual hace que el acto acusado este revestido de falsa motivación y desvió de poder, máxime, cuando no se ofició a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que emitiera el respectivo permiso para desvincular al señor MONTES GENEY, así como la autorización para nombrar en provisional al señor SIERRA COLÓN.

.- Normas violadas³: 1, 2, 4, 13, 25, 28, 29, 48, 53, 122, 123, 125 y 209 de la C. P., Ley 734 de 2002 artículos 4, 6, 9, 17; Ley 938 de 2004 artículos 66, 67, 70 y 76; Sentencia C-543 de 1992, Sentencia de Radicación 2010-00569 M. P. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 8 de agosto de 2001, radicación 2010-03396, M. P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda sentencia 76001233100020110069301) AC) – 9/ 14 / 2011 y las sentencias SU-446 de 2001, SU-917 de 2010, y C-514 de 1994.

³ Folio 9, C. 1 de primera instancia.

.- Concepto de violación⁴: Aduce el actor que su desvinculación del cargo que ostentaba en el Municipio de Sincelejo, vulnera sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, el debido proceso y a la igualdad, ya que el acto administrativo de desvinculación se hizo en indebida forma, más cuando el sustento de la desvinculación se dio bajo el cumplimiento de un fallo judicial.

Arguye, que la entidad demandada desconoció los procedimientos establecidos en los concurso de méritos, lo que le vulneró el debido proceso y tampoco respetó el criterio esbozado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en las citadas sentencias.

1.4.- Contestación de la demanda⁵. El Municipio de Sincelejo, por conducto de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Propuso las siguientes excepciones:

-. Legalidad del acto administrativo demandado e inexistencia de las causales de nulidad invocada por el actor: señalando que en cumplimiento de la Convocatoria 001 del año 2005, se ofertó los cargos vacantes de la planta de personal, entre ellos, el de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 09; cargo que tuvo un cambio en cuanto al grado, representado en un aumento salarial a la que fue sometida la planta de personal del sector educativo como resultado del proceso de homologación y nivelación salarial, financiado con recursos del sistema general de participaciones del Municipio de Sincelejo, lo que no lo hizo ser un nuevo empleo. En ese sentido, se concluye que el concurso y la provisión de los cargos, se efectuó acorde a la Ley, así como el proceso de desvinculación del actor.

-. Inexistencia de medios de prueba que sustenten los fundamentos fácticos y jurídicos en que se fundamenta la demanda. Indicando que el

⁴ Folios 9 – 20, C. 1, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 63 – 68 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

demandante solo se limita a expresar hechos sin aportar pruebas que soporten los mismos, desconociendo así las cargas procesales y probatorias que le asisten.

1.5. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia adiada 17 de noviembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto administrativo demandado se ajustó a la realidad y al contexto que se estaba presentando, pues, de un lado, si existió una convocatoria donde el cargo ocupado por el señor JORGE LUÍS MONTES GENEY fue ofertado y por otro lado, existió una orden judicial que ordenaba el reintegro de un servidor al cargo que venía desempeñando u otro equivalente.

Afirma, que si bien la entidad demandada cometió un error al nombrar a la persona que superó el concurso de méritos (debió nombrársele en el cargo ocupado por MONTES GENEY y no en el de SIERRA COLÓN como se hizo), no podía desconocerse que el cargo que venía ocupando el actor fue ofertado y que al existir una orden judicial de reintegro, ese era el cargo donde debía cumplirse dicho mandato.

Además, indica, que el empleado a quien se ordenó reintegrar, es decir, el señor RAFAEL SIERRA COLÓN, resultó ser a quien en su oportunidad se declaró insubsistente, para nombrar en periodo de prueba a la persona que superó el concurso de méritos, cuando su cargo realmente no había sido ofertado.

Así mismo, señala que no se advierte que en la expedición del acto administrativo demandado, se haya incurrido en ejercicio abusivo y desviado de sus atribuciones y competencias o a satisfacer un interés subjetivo, pues, lo que se demuestra es que el acto de retiro en su motivación, enuncia las razones precisas de la decisión de la administración,

⁶ Folios 345 – 355 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

sin desbordar en su contenido los principios de la función pública, pues, como se advierte, el Municipio de Sincelejo actuó bajo la necesidad real de dar cumplimiento a una orden contenida en una decisión judicial, que dispuso el reintegro de un ex empleado de la misma entidad, al cargo que era ocupado por el hoy demandante, quien no ingresó por mérito.

Así las cosas, considera el Juez, que la parte actora no obstante asistirle la carga de la prueba, de ninguna manera demostró que el acto objeto de acusación se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado en la Ley, que permitieran establecer la presencia de desviación de poder en su expedición.

1.6.- El recurso⁷.

EL demandante presenta recurso de apelación, manifestando su desacuerdo con la posición del A quo, argumentando, que no es cierto que el señor OSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ fuera nombrado en su cargo, toda vez que el provisto por éste era el que ocupaba la señora CARMEN EMILIA MENDOZA LOAIZA y para ello, el Municipio de Sincelejo, Sucre, expidió el Decreto No. 693 de octubre 25 de 2012, nombrándolo al único cargo ofertado en la Convocatoria 001 de 2005, con la identificación "Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, Código OPEC 38188. Y aclara, que el cargo ocupado por el señor JOSÉ SIERRA COLÓN, correspondía al cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, OPEC 37040 y no el citado con el Código OPEC 38188, como erradamente lo afirmó el A-quo; además, mediante Decreto 225 del 7 de mayo de 2015, el Municipio de Sincelejo reintegra a SIERRA COLON para ocupar el cargo que era el ocupado antes de ser declarado insubsistente, este es el identificado con el OPEC 37040.

Aduce, que la provisión del cargo de la persona que superó las etapas del concurso de méritos – señor OSCAR HENAO LÓPEZ -, se llevó a su feliz término, y no existió error que debiera ser corregido con el retiro del cargo ocupado por MONTES GENEY.

⁷ Folios 360 – 369 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

Así mismo, señala el actor, que según acta No. 3057 de mayo 2 de 2013, toma posesión del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 33, de la Planta de personal de la Secretaría de Educación de Sincelejo, tal como fue modificado en el Decreto 239 de abril 29 de 2013; sin embargo, mediante Decreto 236 de 2015, se le declara insubsistente de un cargo que ya no estaba ocupando, lo cual genera una falsa motivación y desvío de poder.

De lo antes dicho, expone el demandante, que mediante Decreto 236 de 2015 se le declara insubsistente de un cargo que no estaba desempeñando; que el señor SIERRA COLÓN, toma posesión de otro cargo diferente al que él ostentaba, infiriéndose que no ha existido identidad fáctica y jurídica en la motivación de la declaratoria de su insubsistencia; y que en la Convocatoria 001 de 2005, solo se ofertó un cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, Código OPEC 38188, donde fue nombrado el señor OSCAR HENAO.

Arguye, que tampoco fueron analizadas por el A-quo, las pruebas practicadas relativas a las hojas de vida que debieron ser tenidas en cuenta en el acto administrativo acusado, que por cierto, dice, adolece del estudio de la experiencia, idoneidad, tiempo de servicio, estudios y capacitaciones, que son los fines esenciales de la función pública en pro del mejoramiento del buen servicio.

1.7.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 20 de abril de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 17 de noviembre de 2017⁸.

⁸ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

- Posteriormente, mediante auto del 25 de junio de 2018⁹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- El Municipio de Sincelejo¹⁰, a través de apoderado judicial, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez, que está demostrado que el acto administrativo que declaró la insubsistencia del actor, fue expedido cumpliendo con todos los requisitos legales exigidos para ese fin, fue debidamente motivado y se ajustó a la realidad y al contexto que se estaba presentando.

También alega, que el demandante no accedió al cargo mediante el sistema de concurso de méritos, por ende, podía ser válidamente desvinculado mediante declaratoria de insubsistencia, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal¹¹, conceptúa que está demostrado que el acto administrativo que retiró del servicio al señor MONTES GENEY, contiene las razones que determinaron su retiro del servicio, esto es, el cumplimiento de una sentencia judicial que ordenó el reintegro de un ex empleado a un cargo igual o equivalente al desempeñado por él.

Considera, que respecto a la nueva prueba allegada con la apelación, no debe ser tenida en cuenta, por cuanto no fue objeto de debate en el proceso, ni se solicitó en las oportunidades probatorias del mismo.

Manifiesta, que la carga de la prueba para demostrar que existían otros cargos a los cuales podía habersele nombrado al señor SIERRA COLÓN, en virtud de la sentencia judicial, estaba a cargo de la parte demandante, quien no lo demostró; así como tampoco demostró tener mejor derecho para continuar en provisionalidad.

⁹ Folio 16 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 26 – 27 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 19 - 25 del cuaderno de segunda instancia.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación (Art. 320 del C. G. del P.), considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Se ajusta a derecho, el acto administrativo por medio del cual, el MUNICIPIO DE SINCELEJO declaró insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, de la planta de empleos de la entidad?

2.2.1. Cargos de carrera administrativa –nombramiento en provisionalidad, cuando existe vacante temporal del cargo – retiro del servicio mediante declaratoria de insubsistencia – motivación razonable, concreta y detallada de los motivos.

El artículo 125 de la Constitución, establece como regla general que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera administrativa, es decir, que su designación y provisión, este determinada por concurso de méritos, el cual debe realizarse conforme a las formalidades exigidas en la ley; es decir, este artículo restringe a la Administración Pública, en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa, específicamente, las contenidas en la Ley 909 de 2004, aplicable al presente asunto, dada la fecha de desvinculación del empleo del accionante, la cual fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, que

en su artículo 9º, dispuso:

“Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provisto 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.”

De conformidad con la anterior norma, el nombramiento en provisionalidad procede, cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa; y que dicha provisionalidad se prolongará, hasta que se pueda llevar a cabo el concurso de mérito respectivo o por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron, atendiendo la correspondiente regulación normativa. No significa que la persona que ostenta un cargo en provisionalidad, deba permanecer en éste por todo el tiempo que dure la vacancia, sea temporal o definitiva, por el contrario, debe observar un buen rendimiento laboral, porque de acuerdo con los principios establecidos en la misma Ley 909 de 2004, la función pública asegurará la atención y satisfacción del interés general de la comunidad¹².

Sin embargo, la facultad de retiro de un empleado en provisionalidad, es reglada, por lo que para ejercerla deben mediar los requisitos que para el efecto ha fijado la ley. Es así como artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala:

“Artículo 41: (...) 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.**” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, establece:

“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**” (Negrilla fuera de texto).

¹²Artículo 1º de la Ley 909 de 2004.

De conformidad con las normas antes referenciadas, es incuestionable, que para declarar la insubsistencia de un empleado que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera, se hace necesario expedir un acto administrativo motivado, expresando de manera clara y concreta, las razones por las cuales se declara el retiro del empleado.

El tema de la vinculación mediante nombramientos en provisionalidad y la declaratoria de insubsistencia de los mismos, ha sido sumamente discutido a lo largo de la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, desencadenando, incluso, posturas enfrentadas, en la manera como deben ser resueltas las controversias que puedan suscitarse.

Al respecto, la Corte Constitucional, se ha caracterizado por mantener una línea uniforme sobre el tema, donde ha resaltado de manera categórica, que en aras de mantener incólume los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia¹³, es menester, que al momento de realizarse una desvinculación mediante la declaratoria de insubsistencia, se motive el acto administrativo de dicha decisión.

Contrario sensu, el Consejo de Estado, en sendas jurisprudencias, mantuvo una posición jurisprudencial, en la que se pregonaba la ausencia del deber de motivación y la facultad discrecional del nominador, para desvincular, a aquel empleado nombrado en provisionalidad, con el argumento de que estos últimos, no podían ser equiparados a la realidad propia, que cobijaba a las personas que habían accedido al derecho a la carrera, mediante la provisión del concurso de méritos¹⁴.

Esta última tesis, comienza a cambiar en el año 2010¹⁵, cuando el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló, en algunas de sus

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-289 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Expediente con radicación interna 0579-04. C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente con radicación interna 0883-08. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

providencias, que debido a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, existe un deber imperativo del nominador de motivar la declaratoria de insubsistencia, conforme lo señalado en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, así como el art. 3° y 41° de la Ley 909 de 2005 y 10° del Decreto 1227 del mismo año, siendo esta última posición, la acogida por la jurisprudencia contenciosa administrativa al respecto.

Sobre el desarrollo y análisis histórico-normativo, del ingreso al empleo público y las controversias suscitadas con relación a los nombramientos en provisionalidad, se puede acudir a la decisión del 1° de marzo de 2012¹⁶, del Honorable Consejo de Estado, donde se elabora un estudio completo, claro y detallado sobre la temática indicada.

No obstante, es pertinente aclarar, que a la fecha, existe consenso en las decisiones jurisprudenciales en lo que concierne al **deber de motivación**, del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia de empleados públicos, nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. Lo que no ocurre, en torno al **contenido de la motivación**, donde el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha definido los parámetros a tener en cuenta, señalándose lo siguiente:

“Ahora bien, frente el contenido de la motivación correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

“(…) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible

¹⁶ Expediente con radicación interna 0768-11, C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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

En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, **la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional)**.

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: **“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”**.

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencia genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.”¹⁷(Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, el Juez contencioso administrativo, debe valorar las realidades fácticas y jurídicas de cada caso en específico, para así definir, si el contenido del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, se subsume dentro de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que esbozan lo relacionado sobre el verdadero contenido de la motivación, sumado a la verificación, de que las razones se

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente 2012-00378-00(AC); 2012-00610-00(AC) C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

definen de manera clara y específica, el por qué, de tal determinación, debiendo ser estudiada la misma, bajo parámetros de racionalidad y razonabilidad, sin existir una fórmula exacta, en la manera de sustentar la decisión objeto de inconformidad, teniendo claro, que no se puede equiparar a los funcionarios provisionales, con aquellos inscritos en carrera administrativa.

2.4. Caso en concreto.

Del material probatorio que reposa en el proceso, se destacan las siguientes piezas documentales:

-. **Decreto No. 237 de 2003**, mediante el cual se vincula provisionalmente al señor JORGE LUÍS MONTES GENEY en el cargo de Digitador, en la Institución Educativa San Vicente de Paul de Sincelejo¹⁸.

-. **Acta de posesión N° 0640 del 22 de diciembre de 2003**, relacionada con el anterior nombramiento¹⁹.

-. **Decreto No. 0412 de 26 de septiembre de 2008**, por medio del cual, se asignó la correspondiente denominación, código, grado y asignación mensual, determinado en la planta de cargos homologada, al personal administrativo del sector educativo, financiado con recursos del Sistema General de Participaciones, en el Municipio de Sincelejo²⁰.

Dentro de dichos empleos se seleccionó al accionante, así:

Nombres y apellidos	Denominación	Código	Grado	Salario
<i>Jorge Luís Montes Geney</i>	<i>Auxiliar Administrativo</i>	<i>407</i>	<i>32</i>	<i>\$1.494.397</i>

¹⁸ Folios 127 – 130 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

¹⁹ Folio 125 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

²⁰ Folio 32 – 35 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

- Acta de posesión N° 00487 del 1 de octubre de 2008, relacionada con el anterior empleo²¹.

- **Decreto N° 236 de 12 de mayo de 2015**, a través del cual, el Alcalde Municipal de Sincelejo, declara insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 32, con código OPEC No. 38188 al señor JORGE LUÍS MONTES GENEY. En dicho acto se consideró²²:

“/.../ Que el Municipio de Sincelejo para la convocatoria 001 de 2005, reporto a la Comisión Nacional del Servicio Civil las vacantes existentes a la fecha reportando entre ellas la identificada con el código OPEC 38188 denominado Auxiliar Administrativo CÓDIGO 407, GRADO 32 ocupado por el señor JORGE LUIS MONTES GENEY, identificado con cédula de ciudadanía N° 92.506.782, siendo este el único cargo que a la fecha tiene el mismo OPEC.

Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección de dicha convocatoria, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la resolución N° 1301 de fecha 20 de abril del 2012 “Por la cual se conformó la lista de elegibles para proveer empleos de carrera del Municipio de Sincelejo convocados a través de la aplicación de la convocatoria 001 de 2005.

Que la Administración Municipal mediante Decreto N° 385 del 16 de mayo de 2012, declaró insubsistente del cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 32 CÓDIGO OPEC 37040 a JOSÉ RAFAEL SIERRA COLON, identificado con cédula de ciudadanía número 92.513.677 para nombrar en período de prueba a quien corresponda según la lista.

Que mediante sentencia de fecha 05 de diciembre de 2014, proferida en segunda instancia por el Tribunal administrativo de Sucre - Sala Segunda de decisión oral, Rad-2003-00022-00 de JOSÉ SIERRA COLON contra el Municipio de Sincelejo, revocó la sentencia del 11 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, "ordenando como título de restablecimiento del derecho condenar al Municipio de Sincelejo, a reintegrar al señor José Rafael Sierra Colon, al mismo cargo que desempeñaba o a otro equivalente para el cual acredite los requisitos de ley y pagarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos, que haya dejado de percibir desde el día en que fue desvinculado del servicio, hasta cuando se haga efectivo el reintegro, así mismo la entidad, deberá hacer los aportes correspondientes a los respectivos fondos de pensiones

²¹ Folio 133 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

²² Folios 136 – 137 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

y salud en el que se encuentre el actor, previo los descuentos correspondiente.

Que en cumplimiento del fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal administrativo de Sucre - Sala Segunda, mediante sentencia de fecha 05 de diciembre de 2014, el Alcalde del municipio de Sincelejo procede a reintegrar en PROVISIONALIDAD como Auxiliar Administrativo, 407 grado 32, al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLON, identificado con cédula de ciudadanía N° 92.513.677, en la institución Educativa San Vicente de Paul de Sincelejo.

Que previa verificación del listado suministrado por la oficina Administrativa y financiera de esta secretaría, se hace necesario declarar la insubsistencia del cargo ofertado con la OPEC 38188, para generar la vacante y poder realizar el reintegro del señor en cumplimiento de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal administrativo de Sucre - Sala Segunda de decisión oral, Rad-2003-00022-00”.

- **Oficio de fecha 13 de mayo de 2015**, mediante el cual el Profesional Universitario de la Oficina de Plante de Personal de la Secretaría de Educación Municipal, le comunica al accionante sobre la expedición del decreto que dio por terminado su nombramiento. Dicho oficio, tiene fecha de recibido 14 de mayo de 2015²³.

En el acervo probatorio también se encuentran las siguientes pruebas:

- **Resolución No. 3158 de 13 de septiembre de 2012**, por la cual se conformó la lista de elegibles, para proveer una (1) vacante del empleo No. 38.188 del Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005, así: Auxiliar Administrativo – 407-09²⁴.

Dicha lista fue conformada por los señores Oscar Antonio Henao López y Carlos Eduardo Días Osorio.

²³ Folio 138 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

²⁴ Folios 291 – 293 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

- **Decreto No. 0694 de 25 de octubre de 2012**, por medio del cual, se hizo el nombramiento en período de prueba, del señor OSCAR HENAO LÓPEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32²⁵.

- **Oficio No. 0201-10,021013-10-2012, fechado 25 de octubre de 2012**, mediante el cual, el jefe de Recursos Humanos del Municipio de Sincelejo le informa al señor Oscar Henao López, que fue nombrado en periodo de prueba en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, adscrito a la Institución Educativa San Vicente de Paul de la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Sincelejo, identificado con Código: OPEC No. 38188²⁶.

- **Acta de posesión No. 2445 de 2 de noviembre de 2012**, del señor HENAO LÓPEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo²⁷.

A su vez, se encuentra probada la siguiente situación fáctica:

- **Decreto No. 0385 de 16 de mayo de 2012**, por medio del cual, el Municipio de Sincelejo Sucre, declaró insubsistente al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, Código OPEC 37040; y a su vez, declara vacante dicho cargo²⁸.

En dicho acto, se consideró que conforme a la lista de elegibles establecida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el citado cargo, debía proveerse en periodo de prueba por la persona que obtuvo el derecho a ello.

- **Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014**²⁹, mediante la cual este Tribunal, resolvió:

*“a. **DECLARAR** la nulidad del Decreto No. 0385 de 16 de mayo de 2012, por medio del cual, el Municipio de Sincelejo Sucre, declaró*

²⁵ Folio 294 – 295 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

²⁶ Folio 297 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

²⁷ Folio 296 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

²⁸ Folio 180 - 181 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

²⁹ Folio 299 - 307 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

insubsistente al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 09.”

*b. Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al MUNICIPIO DE SINCELEJO, a reintegrar al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN, al mismo cargo que desempeñaba o a otro equivalente, para el cual acredite los requisitos de ley y a pagarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos, que haya dejado de percibir, desde el día en que fue desvinculado del servicio, hasta cuando se haga efectivo el reintegro, así mismo la entidad, deberá hacer los aportes correspondientes a los respectivos fondos de pensiones y salud en el que se encuentre el actor, previo los descuentos correspondientes.*

En dicha providencia se consideró, que “en el acto administrativo acusado, se indicó proveer un empleo con código OPEC diferente, al establecido en la Resolución No. 3158 de 13 de septiembre de 2012, a través de la cual, quedó en firme la lista de elegibles, ordenándose la provisión, solamente del cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 09, con Código OPEC No. 38188, para el que fue nombrado en período de prueba el señor OSCAR HENAO LÓPEZ, en la Institución Educativa San Vicente de Paul, adscrita a la Secretaria de Educación y Cultura de la Alcaldía de Sincelejo”.

-. En cumplimiento de la anterior orden judicial se expidió el **Decreto No. 225 de 7 de mayo de 2015**, por medio del cual, se reintegra al señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN, en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, 407, grado 32, en la Institución Educativa San Vicente de Paul de Sincelejo³⁰.

Examinadas cada una de las pruebas documentales relacionadas, la Sala considera que la decisión de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, debe **confirmarse**, de acuerdo con las siguientes razones:

De acuerdo al material probatorio allegado al plenario, se advierte que el Decreto No. 236 de mayo 12 de 2015, por medio de la cual se declara insubsistente al actor, se expidió en vigencia de la Ley 909 de 2004, normatividad que señala, que para declarar la insubsistencia de un

³⁰ Folio 158 - 159 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

empleado, que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera, es necesario expedir un acto administrativo motivado, expresando de manera clara y concreta, las razones por las cuales se declara el retiro del empleado; tal motivación debe tener como finalidad el buen servicio y la satisfacción de los intereses de la comunidad, pues, de lo contrario el acto estaría viciado, por violar las normas en que debería fundarse y por expedición irregular.

Entonces, al estar el señor **JORGE LUÍS MONTES GENEY**, desempeñando provisionalmente un cargo de carrera, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, pero su desvinculación, debía estar acompañada de una debida motivación.

Así, de la lectura del decreto atacado en sede judicial, se lee que el Municipio de Sincelejo para la convocatoria 001 de 2005 le reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil las vacantes existentes, entre ellas la del cargo identificado con el Código OPEC 38188 denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, ocupado por el señor JORGE LUIS MONTES GENEY. Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles para proveer empleos de carrera.

Que la Administración, declaró insubsistente a JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN, para nombrar en período de prueba a quien correspondiera según la lista, no obstante, mediante sentencia de diciembre 5 de 2014, este Tribunal ordenó su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a otro equivalente. En cumplimiento del citado fallo, se hizo necesario declarar la insubsistencia del cargo ofertado con la OPEC 38188, para generar la vacante y poder realizar dicho reintegro.

Tal como se advierte, el acto de insubsistencia, tuvo como fundamento el cumplimiento de una sentencia judicial, que ordenó el reintegro del señor José Rafael Sierra Colon, a un cargo de igual o a otro equivalente al desempeñado por él, así como al pago de los emolumentos causados desde su retiro, hasta su respectivo reintegro. Motivación que se considera razonada, en tanto se respetó al momento de hacerse el reintegro la

“equivalencia del cargo” ordenada en la sentencia, sin que se alegue o pruebe lo contrario.

En tal sentido, no es de recibo el argumento de que no existe identidad entre el sustento de desvinculación del señor JORGE LUÍS MONTES GENEY del cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 32, identificado con el Código OPEC 38188 y el reintegro del señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLON a ese mismo cargo, siendo que anteriormente éste ostentaba el identificado con el Código OPEC 37040; pues, es claro que al existir un cargo en la planta de personal de la entidad, que cumpliera con las características para efectuar el reintegro y observándose que la persona que lo ocupaba, lo ejercía provisionalmente y no le asistía ningún derecho de estabilidad, bien podía la entidad, hacer uso del mismo para efectuar el respectivo reintegro, debiendo apoyarse en la figura de la insubsistencia.

En ese orden, se señala, que el actuar de la demandada, no corresponde a una decisión arbitraria, dado que el reintegro resultaba la única manera que la administración municipal tenía para acatar la providencia citada. Sin que se mencione, ni se pruebe dentro del presente asunto, que habían otros cargos disponibles en la planta de personal del Municipio de Sincelejo - Sucre, ajustables o mejores al desempeñado por el señor Sierra Colón y respecto de los cuales, bien podía la entidad reintegrarlo a cualquiera de ellos y darle cabal cumplimiento al fallo mencionado.

Entonces, a juicio de esta Sala, la administración no incurrió en conducta caprichosa o arbitraria al declarar insubsistente al señor JORGE LUÍS MONTES GENEY, todo lo contrario, procedió a cumplir con una sentencia judicial que hacía tránsito a cosa juzgada, pues, de no haberlo hecho, podía haber causado consecuencias patrimoniales, negativas para la entidad territorial.

En ese orden de ideas, se considera que las consideraciones al respecto dadas en el acto acusado son suficientes y respetaron la estabilidad intermedia del actor, en el entendido en que la vinculación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad. Además, no se probó que

las mismas fueran contrarias a la realidad, máxime, cuando es cierto que la providencia referenciada en el decreto enjuiciado existe judicialmente y fue aportada al plenario, aceptándose su contenido, como fundamento de la decisión de insubsistencia que aquí se examina.

También arguye el actor, que mediante Decreto 236 de 2015 se le declaró insubsistente de un cargo que no estaba ocupando, esto es, de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 32, con OPEC No. 38188, cuando en realidad y según acta de posesión No. 3057 de mayo 2 de 2013³¹, ostentaba el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 33, tal como fue modificado por el Decreto 239 de 2013. Y que, si se verifica el acta de posesión No. 4410 de mayo 15 de 2015³², se lee que el señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN tomó posesión del cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 33, señalándose erradamente que su reintegro es en obediencia a un fallo de tutela, cuando ciertamente lo fue por un fallo judicial proferido dentro de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Frente a lo anterior, ha de señalarse que en efecto hay un error en el grado del cargo ostentado con el señalado en el acto de insubsistencia, pero, también es cierto, que ello no es suficiente para dar al traste con la legalidad del acto acusado, pues, como se mira era clara la intención de la administración de desvincular al actor del cargo que desempeñaba dentro de la entidad municipal, para reintegrar al señor SIERRA COLÓN, quien por demás, tomó posesión del respectivo cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 33.

En todo caso, se anota, que al plenario no se allegó copia del mencionado Decreto 239 de 2013 y del que señala el actor, modificó el grado del aludido cargo de Auxiliar Administrativo, lo que impide hacer una consideración más concreta frente a este aspecto. Vale anotarse en este punto, que de

³¹ Folio 135 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

³² Folio 154 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

conformidad con lo establecido en el art. 167 del CPACA³³, las normas de orden territorial deben ser aportadas al proceso o al menos indicarse, donde pueden ser localizadas, lo que no ocurrió en este asunto.

Ahora, la inconsistencia que sí que nota la Sala, es que el acto de insubsistencia del señor JORGE LUIS MONTES GENEY data del 12 de mayo de 2015 y el acto de reintegro del señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLÓN data del 7 de mayo de 2015, lo cual, en principio, no tendría lógica temporal, por que el Decreto 236 debió ser expedido primero que el Decreto 225; sin embargo, ello se soluciona con la respectiva fecha de notificación del acto de insubsistencia (14 de mayo de 2015³⁴) y la fecha de comunicación y posesión del reintegrado (15 de mayo de 2015³⁵), las cuales señalan el orden cronológico del proceder de la entidad en sentido coherente, presumiéndose, al no existir prueba en contrario, que tal disparidad podría deberse a un eventual lapsus calami.

Otro de los argumentos discurridos por el actor en su escrito de apelación, es el relacionado con la situación fáctica del cargo ocupado por el señor OSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ (persona que ganó por mérito el cargo ofertado dentro de la convocatoria No. 001 de 2005).

Al respecto, afirma el actor, que la provisión de la persona que superó las etapas del concurso de méritos se llevó a su feliz término y no existió error que debiera ser corregido con su retiro, pues, el cargo provisto por el señor OSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ, era el que ocupaba la señora CARMEN EMILIA MENDOZA LOAIZA, quien fuera declarada insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 32, Código OPEC 38188, mediante Decreto No. 693 de fecha 25 de octubre de 2012. Cargo, del que dice, fue

³³ “**Artículo 167. Normas jurídicas de alcance no nacional.** Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañarlas en copia del texto que las contenga.

Con todo, no será necesario acompañar su copia, en el caso de que las normas de carácter local que se señalen infringidas se encuentren en el sitio Web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente”.

³⁴ Folio 138 de cuaderno No. 1 de primera instancia.

³⁵ Folios 188 - 189 de cuaderno No. 1 de primera instancia.

el único ofertado dentro de la convocatoria No. 001 de 2005 e integrado en la lista de legibles mediante Resolución No. 3158 de 2012; por tanto, no es cierto, que el señor HENAO LÓPEZ debía ocupar el cargo de MONTES GENEY, pues, el único ofertado era el de la señora MENDOZA LOAIZA.

En relación a lo anterior, se precisa, que tal argumento de apelación no fue expresado en los hechos, ni el concepto de violación de la demanda, así como tampoco se advierte, que hubiese sido puesto de presente en el trámite de la primera instancia, por lo tanto, no es la segunda instancia el momento oportuno para alegar tal aspecto, ni para hacer valer una prueba (Decreto 693 de 2012), que no fue allegada, ni pedida en su oportunidad legal (art. 212 del CPACA), amén de tratarse de un cargo nuevo no debatido en el proceso.

No obstante y si en gracia de discusión se aceptara tal probanza, lo cierto es que dicho decreto de insubsistencia de la señora CARMEN EMILIA MENDOZA LOAIZA, no sería suficiente para aceptar que el señor OSCAR ANTONIO HENAO LÓPEZ, fue nombrado en el cargo que ésta ostentaba, pues, lo que se aprecia de la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014 proferida por este Tribunal³⁶, es que el señor JOSÉ RAFAEL SIERRA COLON, interpuso demanda con el fin de obtener su reintegro, en tanto, fue declarado insubsistente, nombrándose en su reemplazo a HENAO LÓPEZ.

Por otro lado arguye el recurrente, que el A-quo, no analizó las pruebas practicadas relativas a las hojas de vida que debieron ser tenidas en cuenta en el acto administrativo acusado, del que dice, adolece del estudio de la experiencia, idoneidad, tiempo de servicio, estudios y capacitaciones que son los fines esenciales de la función pública en pro del mejoramiento del buen servicio.

En relación a lo expuesto, se considera, que las calidades y el buen desempeño en las funciones asignadas, son aspectos esperados de todo

³⁶ Proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente radicado No. 70-001-33-33-008-2013-00022-01.

servidor público, que en nada otorga fuero de estabilidad, ni enerva la facultad discrecional que tiene el nominador. Aunado a que no se encuentra acreditado en el plenario, que el retiro del demandante haya producido una “desmejora del servicio”, así como tampoco, que el empleado nombrado en reemplazo del mismo, no garantizara el buen servicio a cargo de la entidad.

Desarrollado lo anterior, ha de concluirse, que no pudo acreditarse en el sublite, que el acto demandado de declaratoria de insubsistencia del señor JORGE LUÍS MONTES GENEY, se hubiese expedido con falsa motivación o que haya obedecido a una desviación de poder y por el contrario, lo que se avista es que está soportado en razones coherentes, racionales y razonables. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda.

3. Condena en costas. Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante -segunda instancia- y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 17 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0019/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA