



Cartagena de Indias, D. T. y C., diez (10) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No:	13001-23-33-000-2013-00469-00
Accionante:	MARÍA DE JESÚS VEGA MENCO
Accionado:	MUNICIPIO DE MAGANGUÉ
Tema:	INSUBSISTENCIA
Magistrado Ponente:	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por la señora MARÍA DE JESÚS VEGA MENCO en contra del MUNICIPIO DE MAGANGUÉ.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

1.1 Pretensiones.

- Se declare la nulidad del Decreto No. 757 del 16 de agosto de 2005, expedido por la Alcaldía Municipal de Magangué, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la accionante en el cargo de Secretaria de la Institución Educativa Ezequiel Atencio Campo; así como del acto ficto producto del silencio negativo frente al recurso de reposición interpuesto contra dicho decreto.

- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte accionada, reintegrar a la accionante al cargo que desempeñaba u otro de superior categoría, con retroactividad al 16 de agosto de 2005; reconocer y pagar debidamente ajustados, los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde su retiro hasta cuando sea reincorporada al servicio.

1.2 Hechos

Se resumen así:

¹ Folios 1 - 7



La demandante fue nombrada en el cargo de Secretaria de la Institución Educativa Ezequiel Atencio Campo, mediante Decreto 017 del 23 de febrero de 2002 expedido por el Alcalde Municipal de Magangué, cargo en el que se desempeñó hasta el 16 de agosto de 2005, cuando fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 757 de la misma fecha.

Expone que la autoridad nominadora incurrió en desviación de poder al interpretar erróneamente los artículos 34 inciso 3º, 38 y 40 Nral. 2º de la Ley 715 de 2001, dentro de un plan selectivo y organizado mediante el cual se expidieron más de 10 decretos de insubsistencia para retirar del servicio de manera irregular a diferentes compañeros de trabajo; además, el acto acusado debió ser motivado previo concepto de la comisión de personal.

Contra el acto de insubsistencia interpuso recurso de reposición el 19 de agosto de 2005, sin obtener respuesta del mismo, configurándose el acto ficto negativo.

1.3 Normas Violadas y Concepto de Violación

Las normas que la parte demandante estima violadas son:

Constitucionales: artículos 2, 6, 25, 29 y 125

Ley 715 de 2001: artículos 34 inciso 3º, 38 y 40 Nral. 2º

Como concepto de su violación, en síntesis expone que los actos acusados violan la Constitución y la ley, por incurrir en desviación de poder y falta motivación, declarando la insubsistencia de un empleado que cumplía los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio del cargo.

2. LA CONTESTACIÓN

La parte demandada no contestó la demanda.

5. TRÁMITE PROCESAL

El presente proceso fue inicialmente repartido al Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, quien declaró la falta de competencia por el factor cuantía y remitió el mismo a la oficina de reparto para que fuese repartido entre los Magistrados del Tribunal Administrativo (Fls. 35 - 37), correspondiendo el conocimiento del proceso al Suscrito Ponente, quien



procedió a admitir la demanda de la referencia (Fls. 40 – 42) y a la correspondiente notificación a la parte demandada (Fl. 45). La entidad demandada no contestó la demanda.

Se celebró audiencia inicial en la que se agotaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA (Fls. 66 - 69); así como la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA (Fls. 76 – 77; 170 - 171), prescindiéndose por innecesaria de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y corriéndose traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (Fl. 333 -). La parte demandante alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio (Fls. 172 – 175), el Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, solamente se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la audiencia inicial, sin que ello se hiciera en las etapas posteriores. Sin embargo, ninguna de las partes ni el Ministerio Público objetó el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observa vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver el asunto objeto de controversia.

III.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que se evidencia en el sub-lite.



2. PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar, si es nulo el Decreto 757 de 2005, que declaró insubsistente del cargo a la demandante, y el acto ficto producto del silencio administrativo negativo por la no resolución expresa del recurso de reposición interpuesto contra el citado decreto, ante la presunta interpretación errónea de los artículos 34 inciso 3º, 38 y 40 numeral 2º de la Ley 715 de 2001, y la falta de motivación del acto de insubsistencia.

3. TESIS

La Sala de Decisión, declarará la nulidad de los actos acusados, en razón a que declararon insubsistente a la accionante del cargo de secretaria que por la vinculación en provisionalidad infiere la Sala que el mismo es de carrera administrativa, siendo expedidos dichos actos en vigencia en vigencia de la Ley 909 de 2004, norma que para la desvinculación de un empleado que se encuentra desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, exige motivación, requisito que no cumplió la administración.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 125 Constitucional, estableció que 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; igualmente dispuso que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

4.1 Incorporación de personal docente y funcionarios administrativos a las plantas de personal en virtud de la Ley 715 de 2001



La Ley 715 de 2001², en sus artículos 34 y 38, reguló lo referente a la incorporación del personal docente y funcionarios administrativos a la nueva planta de los departamentos y municipios, así:

(...) Artículo 34. "Incorporación a las plantas. Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios. Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios, que sean vinculados de manera provisional, deberán cumplir los requisitos de la carrera docente y administrativa para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan".

(...) " Artículo 38. Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

(...) Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento, indistintamente, serán vinculados de manera provisional durante el año lectivo de 2002. Mientras ello ocurre, deberán, los departamentos y municipios, renovarles los contratos a más tardar el 1° de febrero de 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que demuestren que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1° de noviembre de 2000, demostrando solución de continuidad durante ese período, y que cumplan los requisitos del cargo, serán vinculados de manera provisional durante el año 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos no fueron renovados en el 2001, serán vinculados durante el año 2002 de manera provisional, previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial.

² Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.



(...)

El Consejo de Estado al interpretar las disposiciones en cita, manifestó:

(...) "la norma se refiere al monto del sistema general de participaciones, a su incremento anual, al cálculo de variación de los ingresos corrientes, a la base inicial del monto de los recursos y específicamente, en el caso de educación, a los costos y gastos que contempla esa base inicial. La mención que se hace en el párrafo transitorio primero de la norma en cita, en el sentido de que "Esta incorporación será automática a partir del 1º de enero de 2002", hace alusión entonces a la incorporación de costos y gastos para efectos de determinar la base inicial del monto de los recursos del sistema general de participaciones y no puede tomarse, en el sentido que lo hace FECODE, como una incorporación automática de todos los docentes a la planta de personal y a la carrera docente y que cubriría indistintamente a los nombrados en propiedad, en provisionalidad y por contrato de prestación de servicios, pues según tal entendimiento no habría lugar a la comprobación de requisitos"³.

En cuanto a las implicaciones derivadas de las provisionalidades y lo dispuesto por la Ley 715 de 2001, el Consejo de Estado aclaró:

(...) "La Sala ya se ocupó de la incorporación a las plantas de personal sin solución de continuidad de quienes estaban inscritos en carrera docente al momento de la expedición de la ley 715. Ahora, pasa a estudiar las implicaciones derivadas de las provisionalidades.

El artículo 38 creó una provisionalidad sui generis para cargos de carrera docente, cuya provisión está sujeta a la existencia de vacantes en las plantas de personal. Tal es el sentido de los artículos transcritos, cuyos epígrafes disponen: artículo 34. "**Incorporación a las plantas**" y artículo 38. "**Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas.**" En concreto, el legislador quiso garantizar a las personas que venían contratadas con órdenes de prestación de servicios una continuidad relativa en la prestación del servicio, con término definido, esto es, sólo **durante el año lectivo de 2002**, para lo cual se facultó nombrarlos provisionalmente, **previa acreditación de requisitos, sin que ello significara un ingreso automático a la carrera docente, pues, como se recuerda, a ella se accedía, en vigencia del decreto 2277 de 1979 mediante nombramiento en propiedad - mas escalafón y posesión -, y posteriormente por concurso, según los preceptos de la ley 29, el decreto 1706 - ambos de 1989 y de la ley 115 de 1994, artículo 105.**

En conclusión, lo que ordenó el legislador de 2001 sobre la materia, fue garantizar los derechos de carrera a quienes estaban inscritos en ella - con respeto a su estabilidad -, y autorizó una especie de provisionalidad, por esencia transitoria - durante el año 2002-, sin consecuencia distinta a la de conminar a la administración a vincular en tal forma y de manera prioritaria, a los educadores que se encontraran en los supuestos de hecho previstos en el artículo 38 (...).

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1o. de noviembre de 2000 **se encontraban contratados** en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento, **indistintamente, serán vinculados de manera provisional durante el año lectivo de 2002.** Mientras ello ocurre, deberán, los

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 17 de septiembre de 2004. Radicación 1603. C.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



departamentos y municipios renovar los contratos (a más tardar el 1º de febrero de 2002.)

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que demuestren que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1o. de noviembre de 2000, demostrando solución de continuidad durante ese período, y que cumplan los requisitos del cargo, serán vinculados de manera provisional **durante el año 2002.**

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1o. de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos no fueron renovados en el 2001, serán vinculados **durante el año 2002** de manera provisional, previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial."

Del simple tenor de las normas se desprende que no se estableció un ingreso automático a la carrera docente para aquellos que tuvieron órdenes de prestación de servicios y que por virtud del artículo 38 hubieren sido nombrados provisionalmente. Una lectura sistemática de los preceptos analizados indica que se facultó para incorporar en las plantas de personal a un grupo de docentes, por un período legal definido - inicialmente durante el año 2002 -, pues la incorporación definitiva deberá hacerse mediante concurso. (...)”⁴.

4.2 Desvinculación de empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad

El nombramiento provisional es el que se le hace a una persona no seleccionada por el sistema de méritos para proveer de manera transitoria un empleo de carrera. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.⁵

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004⁶, es decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, la desvinculación del empleado que ocupaba un cargo en provisionalidad no requería de acto administrativo motivado, es decir, no era necesario expresar las causas del retiro, pues se presumía que se expedía por razones del servicio⁷.

⁴ Ibídem

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B", sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 63001-23-31-000-2001-00892-01 (7068-05)

⁶ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

⁷ Sentencia del 13 de marzo de 2003, proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro y cuyo radicado es 76001 23 31 000 1998 1834 -01.



No obstante, con la expedición de la Ley 909 y sus reglamentos⁸ el Consejo de Estado precisó⁹ que el régimen anteriormente expuesto fue modificado sustancialmente, pues se estableció una condición más favorable para los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, toda vez que el retiro del servicio de estos funcionarios debe hacerse mediante acto administrativo motivado, de lo cual se extrae lo siguiente:

*"(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**¹⁰, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹¹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del

⁸ Disposición aplicable, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que a los servidores públicos de las carreras especiales tales como, la que regula el personal docente.

⁹ Sentencia del 23 de septiembre de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 2500 23 25 000 2005-01341-02. Interno: 0883-2008.

¹⁰ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

¹¹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.



servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado."

Por lo anterior, la desvinculación de un funcionario, en vigencia de la Ley 909, que se encuentra desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad exige de un acto administrativo motivado, es decir, el nominador debe expresar las causas del retiro. Además, para la aplicación de la Ley 909 no importa la fecha de vinculación del empleado sino la fecha del retiro del servicio.

4.3 Monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación

La Corte Constitucional en sentencia SU 556 de 2014 determinó en cuanto al monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación, que dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento; de lo anterior, precisó:

*"En ese contexto, desarrollando los criterios fijados por la Corte en la SU-691 de 2011, estima la Sala que la fórmula que resulta aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir. Cabe entender que el salario se deja de percibir, cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no "deja de percibir" una retribución por su trabajo.*

Siendo ello así, como quiera que sólo cabe indemnizar el daño efectivamente sufrido y tal daño es equivalente a lo dejado de percibir, de la suma indemnizatoria es preciso descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

3.6.3.13.3. De esta forma, la Corte amplía las reglas de decisión que se han venido adoptado en la materia, particularmente en lo que tiene que ver con la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y la previsión aplicada de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada. Así, conforme con la nueva lectura, la regla de decisión se



extiende, en esas circunstancias, a descontar la remuneración que recibe la persona desvinculada, no solo del tesoro público sino también del sector privado, ya sea como trabajador dependiente o independiente.

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

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

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

(...)

3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: **(i)** el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, **(ii)** a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario."

Conforme a lo expuesto en precedencia, procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- La accionante MARÍA DE JESÚS VEGA MENCO fue contratada por el Municipio de Magangué mediante contrato de prestación de servicios, como auxiliar de Coordinación de Programas Culturales Rurales por los períodos comprendidos entre el 18 de abril y el 30 de junio de 2001 (Fl. 105); el 3 de enero y el 30 de diciembre del año 2000 (Fls. 100 – 101); y entre el 6 de noviembre y el 30 de diciembre de 2001 (Fls. 96 – 97).



- Mediante Decreto No. 017 del 23 de febrero de 2002, el Alcalde Municipal de Magangué – Bolívar, renovó unos contratos de funcionarios administrativos por llenar los requisitos exigidos por los parágrafos 5º y 6º del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, dentro de los cuales se encuentra la accionante, en el cargo de Secretaria en la Escuela Ezequiel Atencio Campo; indicando dicho acto administrativo en el artículo segundo que la renovación de dichos contratos sería de manera provisional hasta cuando la Nación fijara las plantas de personal en cumplimiento del artículo 40 de la Ley 715 de 2001, y se expidiera el nuevo estatuto de profesionalización docente (Fls. 15 – 18). La demandante tomó posesión del cargo el 4 de febrero de 2002 (FL. 19).

- El Alcalde Municipal de Magangué mediante Decreto 757 del 16 de agosto de 2005, declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la accionante (Fl. 12). Contra dicho acto administrativo, la demandante interpuso recurso de reposición el 19 de agosto de 2005, el cual no fue resuelto expresamente por el ente territorial (Fls. 13 – 14).

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente asunto, pretende la parte demandante la nulidad del Decreto 757 del 16 de agosto de 2005, por el cual el Alcalde Municipal de Magangué – Bolívar declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la accionante en el cargo de Secretaria en la Escuela Ezequiel Atencio Campo; y del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo ante el recurso de reposición interpuesto el 19 de agosto de 2005 contra dicho decreto de insubsistencia. Lo anterior, en consideración a que fueron proferidos con falta de motivación y desviación de poder al interpretar erróneamente los artículos 34 inciso 3º, 38 y 40 Nral. 2º de la Ley 715 de 2001.

De lo probado en el proceso, y lo relacionado en el marco normativo observa la Sala que, en los términos del citado artículo 38 de la Ley 715 de 2001, los funcionarios administrativos de los planteles educativos, que a 1º de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento– como se relacionó en los hechos probados respecto de la accionante-, debieron ser vinculados de manera provisional durante el año lectivo de 2002. Dicha renovación, aconteció mediante Decreto No. 017 del 23 de febrero de 2002, expedido por el Alcalde Municipal de Magangué – Bolívar, indicando el acto administrativo



en el artículo segundo que la misma sería de manera **provisional** hasta cuando la Nación fijara las plantas de personal en cumplimiento del artículo 40 de la enunciada ley, y se expidiera el nuevo estatuto de profesionalización docente, tomando posesión del cargo la accionante el 4 de febrero de 2002.

En cuanto a las implicaciones derivadas de estas provisionalidades y su límite temporal, la precitada jurisprudencia del Consejo de Estado precisó que el artículo 38 no estableció un ingreso automático a la carrera docente para aquéllos que tuvieran órdenes de prestación de servicios y que hubieren sido nombrados provisionalmente, sino que se facultó para incorporar en las plantas de personal a un grupo de docentes, por un período legal definido que inicialmente correspondió al año 2002, y hasta que la incorporación definitiva se hiciera por concurso.

Conforme lo anterior, advierte la Sala que la demandante fue declarada insubsistente mediante el Decreto 757 del 16 de agosto de 2005, confirmado por acto ficto producto del silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición de fecha 19 de agosto de 2005, actos expedidos en vigencia en vigencia de la Ley 909 de 2004, norma que para la desvinculación de un empleado que se encuentra desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad¹², exige un acto administrativo motivado, es decir, que el nominador debe expresar las causas del retiro.

Se observa que los motivos de la insubsistencia del nombramiento de la accionante, no están visiblemente expuestos en los actos acusados, lo que hace procedente el cargo de falta de motivación de los mismos, toda vez que la entidad territorial demandada no cumplió con el requisito exigido por la Ley 909 de 2004, esto es la expresión de las razones bien sean legales o fácticas que llevaron a declarar la insubsistencia del nombramiento.

Así las cosas, y encontrándose fundado el cargo de nulidad de falta de motivación invocado por la demandante, esta Magistratura declarará la nulidad de los actos administrativos acusados.

¹² Precisa la Sala que se infiere la naturaleza de carrera del cargo ostentado por la demandante en razón del tipo de vinculación mediante nombramiento provisional, lo que solo se predica de ese tipo de cargos, por cuanto los de libre nombramiento y remoción se proveen mediante nombramiento ordinario.



En cuanto al cargo de desviación de poder, la Sala no se pronunciará de fondo por sustracción de materia, y por cuanto los actos acusados adolecen de motivación de la cual se pueda efectuar control de legalidad.

5.2.1 Del Restablecimiento del Derecho

Teniendo en cuenta el estudio de la proporcionalidad del reconocimiento que a título de restablecimiento se debe declarar, en los casos en que se desvincula sin motivación a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera abordado en la sentencia SU-556 de 2014 por la Corte Constitucional, la Sala de Decisión ordenará i.) el reintegro de la demandante a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; ii.) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la presente sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

El ajuste al valor de las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán ser pagadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 187 del CPACA, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de ésta sentencia), por el índice inicial, vigente a la fecha del retiro del cargo, teniendo en cuenta los aumentos legales producidos durante dicho periodo.





6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Decreto 757 del 16 de agosto de 2005, y del acto ficto producto del silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición de fecha 19 de agosto de 2005, expedidos por el Alcalde Municipal de Magangué – Bolívar, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al MUNICIPIO DE MAGANGUÉ - BOLÍVAR a:

1. Reintegrar a la señora MARÍA DE JESÚS VEGA MENCO identificada con c.c. 33.192.017, al cargo de Secretaria en la Escuela Ezequiel Atencio Campo su empleo, siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso;

ii.) A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la presente sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

iii.) Ajustar el valor de las sumas que resulten a favor de la demandante, de acuerdo a lo previsto en el artículo 187 del CPACA, conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de la presente providencia.



TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO CONDENAR en costas por lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

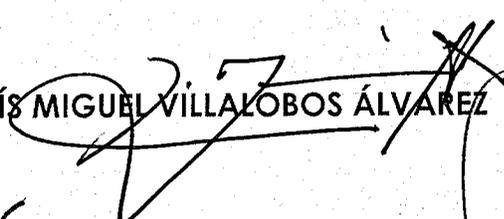
QUINTO: CUMPLIR la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

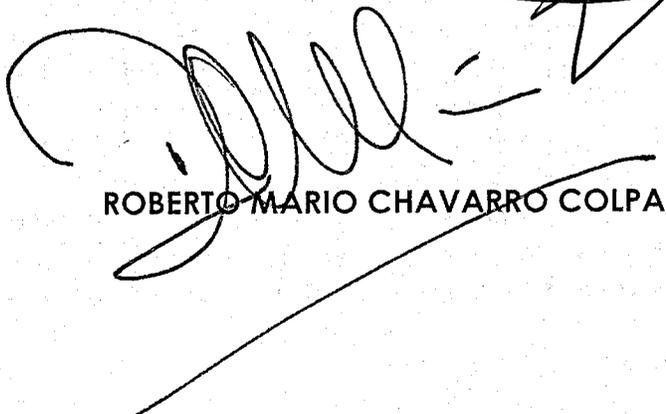
SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. _____

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



13001-23-33-000-2013-00469-00

Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de Agosto de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2013-00469-00
Demandante	MARIA DE JESUS VEGA MENCO
Demandado	MUNICIPIO DE MAGANGUE
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, lo anterior conforme a los siguientes razonamientos jurídicos.

Conforme al artículo 49 del Decreto 01 de 1984, vigente para el momento de expedición del acto acusado, establece la improcedencia de los recursos en contra de los actos de ejecución, para concluir, que no podría predicarse la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo, respecto a un recurso que es improcedente, por expresa disposición legal, intentar un recurso que la ley no contempla para controvertir una decisión de la administración, equivaldría a no haberlo interpuesto, y como consecuencia, no puede derivar en una situación de derecho que lo habilite para acudir a la jurisdicción.

Con relación al acto de insubsistencia acusado, tenemos que es un acto que no admite recursos, como se desprende de la propia parte resolutive del acto administrativo y además por cuanto su cumplimiento solo requiere la ejecución del acto, es decir, no requiere de notificación para ello, de manera que no procede la interposición de recursos de la vía gubernativa, por expresa prohibición legal, de tal manera, que lo único procedente era que el interesado para controvertir el acto de insubsistencia acudiera a la jurisdicción dentro del término que dispone la ley para el efecto, además que dicha actuación se ajustaría al postulado de buena fe previsto en nuestro ordenamiento constitucional.

Contrario a lo expuesto, en el caso en concreto, a pesar que el acto de insubsistencia fue ejecutado desde el 17 de agosto de 2005¹, el actor acudió a la vía jurisdiccional solo hasta el 19 de junio de 2013 para cuestionar su legalidad, es decir, pasados más de 7 años, cuando por ley solo disponía de cuatro meses contados a partir de la ejecución del acto², sobrepasando así

¹ Ver folio 83

² **ARTÍCULO 136.** Caducidad de las acciones.

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.





13001-23-33-000-2013-00469-00

en exceso el término de caducidad. Por lo expuesto, la Sala debió declarar la caducidad de la acción con relación a la nulidad del Decreto 757 de 2005 y abstenerse de declarar el silencio administrativo negativo con relación al recurso de reposición.

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado