

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2013-00115-01
Demandante	RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Tema	DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Que se declare la nulidad del Decreto No. 0793 de 13 de junio de 2012, por el cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, mediante el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 35; así como del Decreto No. 1879 del 28 de agosto de 2012, con el cual se confirmó aquella decisión al resolver el recurso de reposición y se declaró improcedente el recurso de apelación impetrado en contra del aludido acto de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro de la demandante al mismo cargo que ocupaba, en la misma institución y con las mismas condiciones para su ejercicio, y se le condene a pagar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, debidamente indexados, desde cuando se produjo el retiro hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia condenatoria.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

A través del Decreto 793 de 13 de junio de 2012, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena declaró insubsistente el nombramiento provisional de la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 35, que desempeñaba en la Institución Educativa Manuela Beltrán de esta ciudad.

Que la decisión de retiro del servicio se produjo con evidente desviación de atribuciones de la entidad empleadora, pues en su reemplazo no se nombró a ninguna de las personas que conformaban el registro de elegibles de la convocatoria No. 001 de 2005, sino que se trasladó a un empleado nombrado también en condición de provisionalidad que venía ocupando un cargo de igual denominación en la Institución Educativa Promoción Social de Cartagena, justo antes de la fecha en que se llevó a cabo la audiencia de escogencia de cargos de la aludida convocatoria, donde finalmente se optó por el último cargo en vacancia definitiva, produciéndose un nombramiento en período de prueba.

Con lo anterior, quedó al descubierto la verdadera intención de la Administración Distrital de disponer del cargo antes de que aconteciera una causa legal de retiro para privilegiar a otro empleado; la provisión del cargo que ocupaba no se produjo con persona seleccionada del concurso de méritos, sino que se justificó sobre el criterio de mayor antigüedad de los empleados provisionales.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 212 - 222)

En sentencia de fecha 26 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado

Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda en consideración a lo siguiente:

La demandada Secretaría de Educación Distrital de Cartagena incurrió en falsa motivación en el acto de retiro de la empleada RUTH DEL CARMEN ALVAREZ PANTOJA e incurrió en evidente desviación de poder, en la medida en que su determinación no se ajustó a los fines perseguidos con la normatividad de empleo público, ya que la actuación surtida con anterioridad al retiro dejó al palmario un indebido proceder, consistente en hacer un movimiento de personal para favorecer la permanencia de un empleado provisional en un cargo público dentro de la planta global de los servidores de la entidad territorial.

3. LA APELACIÓN (fs. 225 - 227)

La demandada en su recurso de alzada solicita que se revoque el fallo de primera instancia manifestando que difiere de lo señalado por el A quo en la sentencia en el sentido de indicar que si bien la Ley 909 de 2004 regula todo lo relacionado con el empleo público, carrera administrativa y la gerencia pública, afirma que también existen Decretos y normas que lo complementan.

En el caso en concreto, señala que contrario a lo que afirma el A quo, el acto acusado si fue motivado y lo que se sostuvo en el mismo fue ajustado a la legalidad, pues la emisión de la lista de elegibles por si solo constituye sustento suficiente para la desvinculación de la accionante, al cumplirse una cláusula resolutoria del nombramiento.

Le correspondía a la demandante probar con rigurosidad la desviación de poder, los motivos ocultos fundamento de la decisión y la falsa motivación; además, la permanencia del servidor público en el cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 13 de enero de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 10 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 23 de febrero de 2017 (f. 18 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

La parte demandada alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación (Fls. 21 – 23).

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el objeto del recurso de apelación impetrado, el problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar si *¿Es procedente declarar la nulidad del Decreto No. 0793 de 13 de junio de 2012, por el cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, declaró la insubsistencia del nombramiento de RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 35; así como del Decreto No. 1879 del 28 de agosto de 2012, con el cual se confirmó aquella decisión al resolver el recurso de reposición y se declaró improcedente el recurso de*

apelación impetrado en contra del aludido acto de retiro; por estar incursos en la causal de nulidad de falsa motivación?

3. TESIS

La Sala de Decisión confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, al encontrarse probado el vicio de ilegalidad de falsa motivación de los actos administrativos acusados; no obstante, modificará el ordinal SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de ajustar el restablecimiento del derecho a los lineamientos jurisprudenciales vigentes, por lo que se ordenará al Distrito de Cartagena: (i) reintegre a la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA 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 la servidora 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 actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

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

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD

Precisa esta Corporación que en virtud de lo establecido en el artículo [125](#) de la Constitución Política y el artículo [23](#) de la Ley 909 de 2004, existe la prohibición constitucional y legal de ingresar o ascender a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley; es decir, el concurso de méritos.

En ese sentido, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

A su turno, el artículo [25](#) de la Ley 909 de 2004 establece en relación al nombramiento en provisionalidad lo siguiente:

“ARTÍCULO 25. 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.” (Negritas de la Sala)

De la norma en cita se infiere que los nombramientos provisionales son un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

A su turno, mediante Decreto 1227 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998” señala en su artículo 8 lo siguiente:

“Artículo 8. 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 o 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 término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.



El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

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 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."

Posteriormente, a través del artículo 1 del Decreto 3820 de 2005 se modificó el parágrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, el cual quedó así:

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o 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 término de duración del encargo y del nombramiento provisional no podrá exceder de seis (6) meses, salvo cuando por circunstancias debidamente justificadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil esta autorice su prórroga hasta que se supere la circunstancia que dio origen a la misma. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados **y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.**

Los nombramientos provisionales efectuados de conformidad con el artículo 8° del Decreto 1227 de 2004, podrán ser prorrogados en los términos y condiciones previstas en el anterior inciso".

Finalmente, mediante el Decreto 1937 de 2007 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 3820 de 2005 así:

"Párrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o 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 término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

*El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados **y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.** No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera.*

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado."

Ahora bien, el Decreto [1083](#) de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", establece en relación al retiro del servicio de un empleado público nombrado en provisionalidad lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

Por su parte, frente a la motivación del acto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de un empleado público en provisionalidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010) proferida por la Sección Segunda, Rad.(0883-08) manifestó 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, 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 26 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. 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 empleos 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 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."

A su turno, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 556 de 2014, abordó el estudio de temas como: la procedencia de tutela contra providencias judiciales; el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional como causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; el deber de motivar los actos administrativos; la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad. Unificando en cuanto este último lo siguiente:

3.6. Efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación. Definición de la regla indemnizatoria

3.6.1. *Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce el desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.*

3.6.2. *En ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento.*

(...)

3.6.3. *Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.*

3.6.3.1. *Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido*



provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.

Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela.

3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la



protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.

De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la necesidad de una consideración específica del asunto.

3.6.3.3. En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”¹

3.6.3.4. En principio, cabe considerar que la declaratoria de nulidad del acto y la orden de reintegro buscan proteger la estabilidad laboral del servidor público vinculado en provisionalidad, esto es, su expectativa de permanecer en el empleo, al menos, hasta cuando el mismo fuese provisto mediante concurso. Consecuentemente, lo que se debe indemnizar es el daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró esa expectativa de estabilidad. El problema que surge de la aproximación que hasta el momento se ha manejado en la jurisprudencia, se origina en el hecho de que la indemnización se vincula, primero, al tiempo que la persona emplee en acudir a la justicia ordinaria y a la constitucional y, luego, al tiempo que ésta demore en resolver el asunto.

3.6.3.5. Por el contrario, una aproximación orientada en la finalidad de evitar la desproporción que surge de la aplicación indiscriminada de la orden de reintegro y pago de salarios y de prestaciones, concordante con el texto de la Carta Política, debe analizar la indemnización que se da a título de restablecimiento desde la perspectiva de los principios de equidad y de reparación integral.

En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho funcionario tiene una estabilidad relativa, es claro que no puede abrigar una expectativa de permanencia indefinida en el cargo. De este modo, aun cuando en la práctica, en contravía con expresa

¹ Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.



disposición legal, los nombramientos en provisionalidad se extienden en el tiempo y pueden tener una duración de varios años, al menos para efectos indemnizatorios es posible concluir que el nombramiento en provisionalidad no puede generar una expectativa de estabilidad que vaya más allá de la que, de acuerdo con el ordenamiento legal, pueda tener una persona que ha sido vinculada en dicha modalidad. El segundo factor que limita la extensión de lo que puede considerarse como un daño indemnizable, tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos. (...)

3.6.3.7. Las normas que se han transcrito, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.

3.6.3.8. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.

3.6.3.9. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.

3.6.3.10. En cuanto al segundo criterio que limita la cuantificación del daño derivado de la desvinculación sin motivación de un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, la solución que fija como indemnización los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, resulta claramente incompatible con el conjunto de principios y derechos que orientan el Estado Social y Constitucional de Derecho.

Para la Corte es claro que una indemnización así concebida resulta excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política. Ello por cuanto, con base en los mismos, no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Por el contrario,



se debe asumir que, como parte activa de un Estado Social de Derecho, esa persona contribuyó al desarrollo de la sociedad, en la medida en que ese concepto parte de la consideración de que el individuo es, en principio, capaz de auto sostenerse, y como tal, tiene la carga de asumir su propio destino, siendo excesivo y contrario a la equidad, indemnizarle como si desde el día de su desvinculación hubiere cesado de cumplir la carga de su auto-sostenimiento, y ésta se hubiere trasladado al Estado, quien fungía como empleador.

En efecto, la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega. Este derecho no consiste ni se reduce a la facultad de exigir el pago periódico de una suma dineraria para atender las necesidades vitales; por el contrario, este pago viene a ser la contraprestación por la realización de actividades socialmente útiles y que redundan en el crecimiento personal de quien las realiza. Por tal motivo, entender que el Estado satisface el derecho al trabajo por suministrar a los ciudadanos una suma mensual, desconoce la naturaleza misma de esta prerrogativa fundamental. La obligación del Estado tiene una dimensión mucho más amplia, pues no solo debe asegurar un mínimo vital, sino que debe crear las condiciones para que en el marco de la autonomía personal, los individuos desplieguen sus intereses y expectativas vitales, contribuyan eficazmente al bienestar colectivo, y como consecuencia de ello, sean retribuidos por su aporte social.

De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual. La solución propuesta invierte la lógica de las cosas, puesto que, justamente, nuestro modelo constitucional parte de la presunción general sobre la capacidad de las personas para definir el rumbo de su vida y para atender por sí mismas sus necesidades vitales. En ese contexto, no es de recibo una cuantificación de la indemnización por la injusta terminación del vínculo laboral, que tenga como punto de partida la consideración implícita conforme a la cual, a partir del acto de desvinculación, y hasta tanto se produzca el reintegro, cesó la obligación de la persona de asumir la responsabilidad de generar sus propios ingresos.

Finalmente, cabe señalar que la responsabilidad individual por la auto-provisión de recursos, tiene como contrapartida la obligación del Estado de adoptar las medidas, positivas y negativas, para asegurar su goce efectivo por todas las personas, pero que esta obligación difiere sustancialmente del deber de atender y proveer directamente las prestaciones derivadas de todos y cada uno de los derechos constitucionales. Por tal motivo, entender que, en los supuestos sobre los que versa esta providencia, las entidades estatales tienen la obligación de pagar indefinidamente los salarios dejados de percibir desde la desvinculación del servidor público, de un cargo cuya estabilidad era tan sólo relativa, sobrepasa por mucho los deberes a cargo del Estado y la responsabilidad que le es imputable a título de daño por una conducta antijurídica.

(...)



3.6.10.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

3.6.3.11. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a "un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima"². Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.
(...)

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

² Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg. 117.



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.

3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías³, advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración⁴, el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.

El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada “Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006”⁵, la cual, a partir de una análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración⁶, sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.⁷

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

³ De manera concreta el cuadro No. 10 (página 25) compara cómo ha variado el promedio –en meses– de la duración del desempleo desde el año 2003 hasta el 2012 en los siguientes países: Canadá, Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Turquía, Japón, España, Sur África y Grecia.

⁴ De acuerdo con el estudio *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, se entiende por desempleo de larga duración, aquél que supera los 12 meses, mientras que el desempleo de corta y mediada duración es aquél que se extiende entre 3 y 6 meses, y en todo caso es menor de 12 meses.

⁵ Este documento fue elaborado por profesores Carlos Augusto Viáfara L. y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

⁶ Véase página 16 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006*. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

⁷ Véase página 17 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006*. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

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."

4.2 DE LA FALSA MOTIVACIÓN

Los motivos son el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y, por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte considerativa del acto. En todo caso, aunque no se mencionen expresamente los motivos, debe existir una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión administrativa, que normalmente está contenida en los "antecedentes del acto" representados por lo general en distintos documentos, como estudios, informes, actas, etc.⁸

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O 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; o b) 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"⁹.

Así, la falsa motivación como vicio de ilegalidad de los actos administrativos, puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico; en el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho. Por lo anterior, quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga

⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, Rad. No.: 110010325000201000064 00 (0685-2010)

⁹Consejo de Estado, Sentencia del 26 de julio de 2017, Rad.: 22326.

probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos¹⁰.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

- El 31 de marzo de 2011 la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA se posesionó en el cargo de Profesional Universitario Código 2019, Grado 35, dentro de la planta de personal del Distrito de Cartagena, por nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Decreto No. 380 de 25 de marzo de 2011 (Fls. 132 – 133 y 150). Su sede de trabajo fue la Institución Educativa Manuela Beltrán en la ciudad de Cartagena (Fl. 91 y 178 – 180).

- Mediante la Resolución No. 1027 de 12 de junio de 2012, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, reubicó al empleado JORGE LUÍS GALOFRE FLOREZ PU Grado 35, de la Institución Educativa Promoción Social a la Institución Educativa Manuela Beltrán.

- La Secretaría de Educación Distrital de Cartagena mediante Decreto 793 de 13 de junio de 2012, declaró la insubsistencia del nombramiento provisional de la demandante, y de otros empleados nombrados en provisionalidad, en razón a que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución No. 1606 de 25 de abril de 2012, conformó la lista de elegibles para proveer dichos empleos de carrera administrativa, de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, convocados a través de la aplicación No. V de la Convocatoria 01 de 2005 (Fls. 9 – 10).

- Por Decreto 0794 de 13 de junio de 2012 la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena efectuó nombramientos en período de prueba, utilizando la

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia del 9 de octubre de 2003, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-09988-01(16718)

lista de elegibles, resultante del concurso de méritos de la Convocatoria 001 de 2005 (Fls. 11 – 15).

- La Secretaría de Educación Distrital de Cartagena allegó al presente proceso las Actas de Selección de Ubicación – audiencia pública para la provisión de vacantes del cargo de Profesional Universitario Administrativo Código 219 Grado 35, conforme a la lista de elegibles emitida mediante Resolución No. 1608 de 25 de abril de 2012; indicando que no existe copia de acta de selección relativa a la plaza de la Institución Educativa Manuela Beltrán (Fl. 178).

- La sede de la Institución Educativa Promoción Social sí fue seleccionada por el señor CHRISSANTY PRIETO BOLÍVAR, integrante del grupo de elegibles de Profesional Universitario, Código 219, Grado 35, que ganaron el concurso de méritos convocado por la entidad territorial (Fls. 197).

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

A través del presente medio de control, la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA solicita que se declare la nulidad del Decreto No. 0793 de 13 de junio de 2012, por el cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 35; así como del Decreto No. 1879 del 28 de agosto de 2012, con el cual se confirmó aquella decisión al resolver el recurso de reposición y se declaró improcedente el recurso de apelación impetrado en contra del aludido acto de retiro, al considerar que dichos actos administrativos están viciados de nulidad por falsa motivación.

El A quo accedió a las pretensiones de la demanda en razón a que la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena incurrió en falsa motivación en el acto de retiro de la empleada RUTH DEL CARMEN ALVAREZ PANTOJA e incurrió en evidente desviación de poder, en la medida en que su determinación no se ajustó a los fines perseguidos con la normatividad de empleo público, ya que la actuación surtida con anterioridad al retiro dejó al palmario un indebido proceder, consistente en hacer un movimiento de personal para favorecer la permanencia de un empleado provisional en un cargo público dentro de la planta global de los servidores de la entidad

territorial.

La parte demandada recurre la decisión de primera instancia, indicando que el acto acusado si fue motivado y lo que se sostuvo en el mismo fue ajustado a la legalidad, pues la emisión de la lista de elegibles por si solo constituye sustento suficiente para la desvinculación de la accionante, al cumplirse una cláusula resolutoria del nombramiento; además, la permanencia del servidor público en el cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

En primer lugar, se encuentra acreditado que, el 31 de marzo de 2011 la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA se posesionó en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 35, dentro de la planta de personal del Distrito de Cartagena, por nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Decreto No. 380 de 25 de marzo de 2011, siendo su sede de trabajo la Institución Educativa Manuela Beltrán en la ciudad de Cartagena.

La demandante desempeñó dicho cargo hasta el 13 de junio de 2012, cuando fue declarado insubsistente su nombramiento mediante Decreto 793 de 13 de junio de 2012, motivado en la expedición de la lista de elegibles para proveer los empleos de carrera administrativa de la Alcaldía Mayor de Cartagena, convocados a través de la aplicación No. V de la Convocatoria 01 de 2005, materializada en la Resolución No. 1608 de 25 de abril de 2012.

Igualmente, se probó que mediante Decreto 0794 de 13 de junio de 2012 la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena efectuó nombramientos en período de prueba, utilizando la lista de elegibles, resultante del concurso de méritos de la Convocatoria 001 de 2005; no obstante, antes de esa fecha (13 de junio de 2012), la misma Secretaría mediante Resolución No. 1027 de 12 de junio de 2012, había reubicado al empleado JORGE LUÍS GALOFRE FLOREZ Profesional Universitario Grado 35, de la Institución Educativa

Promoción Social a la Institución Educativa Manuela Beltrán, en razón a la expedición de la misma lista de elegibles y la necesidad de nombrar en período de prueba a sus integrantes.

Aunado a ello, se demostró que no existió selección relativa a la plaza de la Institución Educativa Manuela Beltrán para el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 35, vacante que ocupó la demandante hasta el 13 de junio de 2012; lo que sí ocurrió con la plaza de la Institución Educativa Promoción Social, la cual fue seleccionada por el señor CHRISSANTY PRIETO BOLÍVAR, integrante del grupo de elegibles de Profesional Universitario, Código 219, Grado 35.

Así las cosas, para esta Magistratura la insubsistencia del nombramiento de la demandante, no obedeció a la necesidad de proveer en su reemplazo a quien optara por su plaza vacante en forma definitiva, por cuanto dicha circunstancia no aconteció, toda vez que ninguno de los integrantes de la lista de elegibles seleccionó la plaza de la Institución Educativa Manuela Beltrán para el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 35, el cual venía ocupando la demandante en provisionalidad; sin embargo, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, antes de efectuar los nombramientos en período de prueba de los integrantes de la lista de elegibles, mediante la Resolución No. 1027 de 12 de junio de 2012, reubicó al empleado también nombrado en provisionalidad, señor JORGE LUÍS GALOFRE FLOREZ, del cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 35, de la Institución Educativa Promoción Social, que sí había sido seleccionada por los elegibles, a la Institución Educativa Manuela Beltrán.

Lo anterior, avizora para esta Sala de Decisión que, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de la demandante, no estuvo amparada en la necesidad de vinculación en período de prueba de los integrantes de la lista de elegibles, como se indicó en los considerandos de los actos administrativos acusados, sino que tuvo lugar por la necesidad de reubicar a otro empleado en la misma situación de provisionalidad, que venía ocupando una plaza que sí fue seleccionada por los elegibles, lo que constituye una falsa motivación del acto de insubsistencia, ya que el hecho aducido por la Administración es inexistente, toda vez que, se reitera, el cargo que desempeñaba la demandante no fue provisto ni en período de

prueba, ni en forma definitiva, por alguno de los integrantes de la lista de elegibles, sino que por el contrario, fue nuevamente provisto por un empleado nombrado en provisionalidad, hecho este último que no fue contemplado en los actos acusados.

Bajo estos argumentos, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, al encontrarse probado el vicio de ilegalidad de falsa motivación de los actos administrativos acusados; no obstante, modificará el ordinal SEGUNDO de la sentencia apelada; en el cual el A quo dispuso:

"SEGUNDO: Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Distrito de Cartagena de Indias que reintegre al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración a la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA, sin solución de continuidad y en condición de provisionalidad y por el término de seis (6) meses, prorrogable hasta cuando se provea el mismo en forma definitiva a través de la lista de elegibles resultante del concurso público de méritos, esto es, hasta cuando, en su reemplazo, se poseione del cargo quien haya sido nombrado en período de prueba, o bien, cuando antes de esa hipótesis, se produzca una causal de las previstas en la Ley para retirarla del servicio.

Del mismo modo, la demandada habrá de reconocer y pagarle los salarios y prestaciones sociales causadas y amparados por ley para todos los empleados públicos de orden territorial, desde la fecha de su desvinculación y hasta tanto se haga efectivo el reintegro."

La modificación que se hará, persigue ajustar el restablecimiento del derecho a los lineamientos jurisprudenciales citados en precedencia, conforme a lo cual se ordenará al Distrito de Cartagena: (i) el reintegro de la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA 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 la servidora 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 actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

7. Condena en Costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante¹¹.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

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

VI. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, en el siguiente sentido:

SEGUNDO: *A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al DISTRITO DE CARTAGENA a (i) reintegrar a la señora RUTH DEL CARMEN ÁLVAREZ PANTOJA 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 la servidora no haya llegado a la*

¹¹ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

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 actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

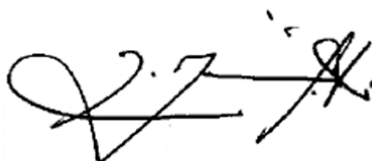
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

