

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Neiva, quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 002-2016-00472-01
Demandante	:	CRISTIANNE CEDEÑO ORTIZ
Demandado	:	DEPARTAMENTO DEL HUILA
Asunto	:	REINTEGRO
Acta	:	26

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 2 de agosto de 2019 dentro del proceso de la referencia, por el Juzgado **Segundo** Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA

1. Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal

efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

*"(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden **también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.** (...)."*

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la procedencia del reintegro de la parte actora al cargo que desempeñaba en provisionalidad y el consecuente ago de la indemnización a que haya lugar.

Al respecto se advierte que actualmente existen a cargo de la Sala una gran cantidad de procesos que versan sobre el mismo asunto, además, actualmente existe una sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado aplicable al caso, en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del asunto y con el fin de evacuar de manera uniforme las controversias a las que se ha hecho referencia, esta Sala, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La señora Cristianne Cedeño Ortiz, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra el

Departamento del Huila, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones¹:

"PRIMERA. Declarar la nulidad de la Resolución N° 0307 del 24 de junio de 2006 la cual fue notificada personalmente el 30 de junio de 2016, por medio de la cual se resuelve en forma negativa un derecho de petición emitido por la Secretaria de Educación del Huila.

SEGUNDA. Declarar que mi poderdante Cristianne Cedeño Ortiz, tiene derecho a que el Departamento del Huila, la reintegre al cargo como Profesional Universitario Grado 5, bajo nombramiento provisional de la vacante administrativa mencionada con cargo al presupuesto de la secretaría de educación departamental – sistema general de participaciones, área de cobertura, hasta tanto no se haya un nombramiento por concurso o tenga faltas a la ley que impidan el ejercicio de la función pública.

TERCERA. Declarar que mi poderdante Cristianne Cedeño Ortiz, tiene derecho a que el Departamento del Huila, le pague por concepto de emolumentos prestacionales, considerados ha dejado de percibir mi poderdante, desde el 21 de febrero de 2006 a la fecha de reintegro, cuyo valor a la fecha se estima en \$15.276.000 aproximadamente, cuyo cálculo obedece al número de meses por el valor de la asignaron mensual: $(\$2.546.000 \times 6)$.

CUARTA. Declarar que mi poderdante Cristianne Cedeño Ortiz, tiene derecho a que el Departamento del Huila le siga pagando de manera mensual y hasta que termine su nombramiento en provisionalidad, lo emolumentos prestacionales que devengaba en su provisionalidad, es decir, la asignación básica y las prestaciones económicas que devengaba antes de ser retirada.

QUINTA. Condenar al Departamento del Huila, para que pague la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas al demandante desde el momento en que se debió cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.

SEXTA. Condenar a la entidad demandada, Departamento el Huila, a reconocer sobre lo dejado de percibir, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor, tal como está contemplado en el artículo 187 inciso 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMA. Condenar al Departamento del Huila, a reconocer y pagar a favor de mi poderdante los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria del fallo, tal como está contemplado en el artículo 192 y 195 numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVA. Condenar a la demandada para que se cumplimiento al fallo dentro del término de treinta (30) días a que se refiere el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENA. Condenar en costas a la entrada demandad, conforme al art. 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹ Folios 3 a 5

1.2. Hechos²

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. La señora Cristianne Cedeño Ortiz, se desempeñó como profesional universitario Grado 5, en la Secretaría de Educación Departamental-Sistema General de Participación, bajo nombramiento en provisional desde el 12 de febrero de 2015, sin solución de continuidad, a pesar de que se le hayan realizado diferentes nombramientos en provisionalidad, por periodos de cuatro (4) meses cada uno de ellos.

1.2.2. Sostiene que el último nombramiento fue mediante Decreto No.3606 del 05 de octubre de 2015, por el término de cuatro (4) meses, a partir del 19 de octubre de 2015.

1.2.3. Indica que a través del Decreto 0572 de 2016, nombraron en el cargo que venía desempeñando, a la señora María Angélica Gutiérrez Bonilla; en razón a ello, la demandante solicitó a la entidad demandada el 02 de junio de 2016 qué se resolviera lo atinente a su situación administrativa y jurídica, indicando que no se le había informado sobre la terminación del nombramiento y solicitando se le reintegrara al cargo que venía desempeñando.

1.2.4. La entidad demandada profirió la Resolución No. 0307 del 24 de junio de 2016, en la que resolvió la solicitud de reintegro, argumentando que al haber ocupado la demandante un cargo en provisionalidad, no le asiste fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados de carrera, por lo que concluye que es discreción de la administración disponer los nuevos nombramientos o retirar a los nombrados sin motivación alguna.

1.3. Fundamentos de Derecho³

² Folio 30

³ Folios 7 a 13

El apoderado de la parte actora citó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, la Ley 4 de 1966, artículo 4, Decreto 3135 de 1968, artículo 27, Decreto 1869 artículo 73, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, artículo 45, Ley 100 de 1993, artículos 21, 36, 150 y precedentes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y demás normas concordantes.

Indicó que la Corte Constitucional ha señalado que los empleados vinculados en provisionalidad gozan de estabilidad relativa o intermedia, pues no tienen la misma estabilidad que ostenta el servidor inscrito en carrera, pero tampoco pueden ser desvinculados como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indiquen específicamente las razones de su declaración de insubsistencia, por lo que la falta de motivación es causal de nulidad del acto.

Afirmó que se exige del nominador motivar el acto administrativo de insubsistencia, en respeto al debido proceso administrativo y de otorgar al empleado el derecho de controvertir la decisión en sede administrativa, situación que en el presente caso no se dio.

Señaló que el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, así como los Decretos 1937 y 4968 de 2007, indican que, por razones de estricta necesidad, para evitar la afectación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud motivada del jefe de la entidad interesada podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso y en las vacancias temporales generadas por el encargo se podrá efectuar nombramiento en provisional, si no hay empleados de carrera en la planta que cumplan los requisitos para el cargo.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue radicada el 9 de diciembre de 2016, correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Administrativo de Neiva (fl. 51, C. principal), el cual la admitió por auto de 25 de enero de 2017 (fl. 53 y 54)

El 16 de junio de 2015, se llevó a cabo la notificación personal a la dirección electrónica, del Departamento del Huila, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar a folios 60 y 61.

2.2.- Contestación

2.2.1. El Departamento del Huila, (fls. 62 a 66), manifestó que, para el caso de la demandante, se optó por la provisión de un siguiente nombramiento, debido a que el periodo de los cuatro (4) meses establecido en el decreto de nombramiento de la actora feneció el día 19 de febrero de 2017, y que posterior a ello, se realizó un nuevo nombramiento frente a la señora Angélica Gutiérrez Bonilla a través del Decreto No. 0572 del 16 de marzo de 2017, es decir 26 días después de que se diera por terminada la vinculación de la actora.

En razón a los aspectos señalados, considera que no se profirió un acto administrativo para dar por terminada la vinculación provisional de la demandante, debido a que el término de su nombramiento feneció automáticamente una vez se cumplió el plazo de los cuatro (4) meses, cesando, entonces, la relación laboral entre la administración departamental y la señora Cristianne Cedeño, sin que se tuviera que pronunciar la demandada para dar por terminada la vinculación, porque la misma estaba expresa en el acto administrativo y de ello estuvo consciente la actora, en razón a que los actos administrativos de nombramiento le fueron debidamente notificados, tanto es así, que hizo uso del derecho a posesionarse y a ejercer el cargo por el tiempo por el que fue nombrada.

Concluye, que el Consejo de Estado sostiene que en la provisionalidad hay inexistencia de fuero de inamovilidad y por tanto se sujeta al término objetivo para el que fue nombrado el trabajador.

Conforme a los planteamientos esgrimidos, plantea como excepción la denominada *"El acto demandado está fundado en razones de legalidad y por tanto pervive en el ordenamiento jurídico departamental"*. En consecuencia, solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

2.2.- Audiencia inicial

A través de providencia de 18 de enero de 2018, (fl. 104), el Juzgado **Segundo** Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

La audiencia se llevó a cabo el 08 de agosto de 2018 (fl.108-109), al no existir excepciones que resolver, se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación, delimitando el problema jurídico en los siguientes términos:

"¿Le asiste estabilidad relativa a un empleado nombrado en provisionalidad por un periodo determinado, que al vencimiento del mismo deba nombrarse nuevamente?"

Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y la contestación, además, se denegaron las pruebas solicitadas por las partes considerando que los documentos obrantes en el expediente eran suficientes para resolver el problema jurídico planteado.

En firme la anterior decisión, el A quo, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.A.C.A., decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, procedió a otorgar el término de diez (10) días a las partes, para que expusieran presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

2.3. El Despacho, mediante providencia del 06 de diciembre de 2018, decretó la nulidad de las actuaciones surtidas con posterioridad al auto admisorio de la demanda de fecha 25 de enero de 2017, razón por la cual ordenó que por Secretaría se procediera a notificar personalmente a la vinculada la señora

María Angélica Gutiérrez Bonilla, a efecto de que ejerciera su derecho a la defensa y contradicción, y así dar curso al trámite procesal regular dispuesto en el artículo 180 CPACA (fls.118-119).

2.3.1 La vinculada María Angélica Gutiérrez Bonilla, describió el traslado de la demanda (fls.126-129), sin que se hubiese efectuado la notificación personal del auto admisorio, en razón a ello, el despacho la tuvo por notificada por conducta concluyente (fl.135).

2.3.2. El 20 de junio de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial, en donde se tuvo por acreditada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la señora María Angélica Gutiérrez Bonilla, por considerar que la misma no tiene interés en el proceso, ya que, a la fecha, no tenía un vínculo laboral con la entidad demandada y en consecuencia se ordenó su desvinculación del proceso. Adelantadas las demás etapas procesales, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por innecesaria y se ordenó a las partes y al Ministerio Público la presentación por escrito de los alegatos y concepto dentro de los diez (10) días siguientes a dicha diligencia; haciéndolo así ambas partes (fl.158).

2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia

2.4.1. El apoderado de la *parte actora* alegó de conclusión señalando que el acto demandado está viciado de ilegalidad, sumado a que la motivación en el expuesta no es concordante con el régimen jurídico actual, pues se basa en el Decreto 2400 de 1968, que en su artículo 5 menciona el periodo provisional de los nombramientos por el término de 4 meses, sin embargo, indicó que dicho decreto se ha modificado y la norma que actualmente rige los nombramientos que tienen el carácter de provisional cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera, como es, la Ley 909 de 2004 y sus decretos complementarios y reglamentarios, indica que el nombramiento provisional solo terminará hasta tanto se efectúe el concurso de méritos y se nombre el empleado de carrera o cuando el empleo haya sido suprimido o

cuando el servidor haya llegado a la edad de retiro forzoso o haya sido suspendido por una falta disciplinaria.

Sostiene que la terminación de estas situaciones administrativas debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, situación que para el presente asunto no sucedió, sin que se cumpliera tal obligación que era exigible según lo indica la Corte Constitucional en la sentencia (SU-054 de 2015). Igualmente, manifiesta que mientras no exista lista de elegibles, los servidores nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad intermedia, que impide a la administración desvincularlos como si se tratara de un nombramiento de libre nombramiento y remoción, en ese sentido, la motivación del acto de retiro se torna obligatoria por disposición normativa.

2.4.2. El apoderado de la *Departamento del Huila* señala que no tenía la obligación de informarle a la demandante la terminación de la relación laboral, porque la misma estaba expresa en el acto administrativo contenido en el Decreto 3606 de 2015, mediante el cual se nombró a la accionante de forma provisional en el cargo de Profesional Universitario Grado 5, por un periodo de cuatro (4) meses y de ello estuvo consiente la actora, en razón a que el acto administrativo de nombramiento le fue debidamente notificado, tanto así, que hizo uso del derecho de posesionarse y ejercer el cargo por el tiempo por el que fue nombrada.

Finalmente, sostiene que la demandante tampoco probó fuero alguno de estabilidad laboral reforzada, para que la administración hubiera podido tenerla en cuenta más adelante, para considerar una eventual y nueva vinculación.

2.5.- Sentencia de primera instancia

El Juzgado **Segundo** Administrativo Oral del Circuito de Neiva, profirió sentencia de primera instancia el 2 de agosto de 2019⁴, en cuya parte resolutive, se dispuso lo siguiente:

⁴ Folios 99 a 103

"PRIMERO. - DECLARAR probada la excepción "EL ACTO DEMANDADO ESTÁ FUNDADO EN RAZONES DE LEGALIDAD Y POR TANTO PERVIVE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPARTAMENTAL", de acuerdo a las consideraciones esgrimidas en el presente proveído.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO. - Sin costas.

CUARTO. - Ejecutoriada esta providencia sino fuere apelada archívese el expediente, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión".

Indicó el A quo que la parte actora sustenta su caso en citas jurisprudenciales que se refirieren a casos de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, donde la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, han manifestado que el acto de insubsistencia o de terminación del nombramiento en provisional debe motivarse, sin embargo, para el presente caso, no aplica el mismo, porque la situación fáctica planteada es diferente, porque no ha existido ningún acto de insubsistencia ni expreso ni tácito, solo que a la demandante le culminó el periodo por el cual fue nombrada.

Señaló que se pudo constatar que en el acto administrativo de nombramiento en provisionalidad de la señora Cristianne Cedeño Ortiz, se estipuló un término de duración de cuatro (4) meses, el cuál por ser un definido, claro y exigible, no le otorga ningún fuero o estabilidad laboral a la demandante para permanecer en el cargo, máxime que ella tenía conocimiento de cuando iniciaba y cuando finalizaba su vinculación laboral con la entidad demandada.

En consecuencia, concluyó que no fue posible desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, por lo que se declaró probada la excepción denominada "el acto demandado está fundado en razones de legalidad y por tanto pervive en el ordenamiento jurídico departamental" y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

2.6.- Recurso de apelación

2.6.1. *La parte actora interpuso* recurso de apelación manifestando que la decisión del A quo desconoce el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto al retiro de los empleados provisionales, máxime cuando estos órganos han sido enfáticos en señalar que para que la desvinculación se apegue a la legalidad, la misma debe ser motivada.

Sostiene que la jurisprudencia ha descrito que, si bien los empleados vinculados en provisionalidad gozan de estabilidad relativa o intermedia, ya que no tienen la misma estabilidad que ostenta el servidor inscrito en carrera, no pueden ser desvinculados como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, la estabilidad de un servidor nombrado en provisionalidad se concreta en que, al ser desvinculado, se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia, por lo que la falta de motivación es causal de nulidad del acto y por eso se le exige al nominador motivar el acto administrativo de insubsistencia, en garantía y respeto a los principios al debido proceso y garantías de contradicción y defensa.

2.7.- Trámite de segunda instancia

El día 30 de agosto de 2019 se concedió el recurso de apelación (fl. 188), a través de auto de 3 de octubre de 2019⁵ se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y mediante providencia de 31 de octubre de 2019⁶ se corrió traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión.

2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia

2.8.1. *La parte actora*, a través de escrito radicado el 6 de noviembre de 2019⁷ presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto.

⁵ Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

⁶ Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

⁷ Folios 13 a 20, C. segunda instancia.

2.8.2. El *Departamento del Huila* guardó silencio en esta etapa procesal

2.8.3. El *Ministerio Público* no emitió concepto en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el asunto de la referencia la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 2 de agosto de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se trata de apelante único, de manera que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, el cual resulta aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

Al respecto, el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)"

En efecto, tratándose de apelante único la competencia del Juez de segunda instancia se encuentra circunscrita a los motivos de la impugnación, de modo que no es dado en segunda instancia entrar a analizar la providencia recurrida

en los aspectos que no fueron objeto de apelación, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en el presente caso no se encuentra reparo alguno en lo que tiene que ver con la oportunidad de la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo del asunto, teniendo en cuenta los aspectos sobre los cuales recae la apelación.

3.2.- Planteamiento del caso

La señora Cristianne Cedeño Ortiz solicita se declare la nulidad de la Resolución No.0307 del 24 de junio de 2016, por medio de la cual se resolvió de forma negativa su solicitud de reintegro al cargo de profesional universitario Grado 5, en la Secretaría de Educación Departamental-Sistema General de Participación del cual fue desvinculada y como consecuencia de lo anterior se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando, así como se reconozca y pague los emolumentos prestacionales dejados de percibir desde el 21 de febrero de 2016 (fecha de desvinculación) a la fecha del reintegro, junto con la indexación y/o actualización e intereses moratorios, respecto de las sumas de dinero reconocidas.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva negó las pretensiones, por considerar que no es procedente el reintegro de la actora, pues el acto administrativo de nombramiento en provisionalidad estipuló un término de duración de cuatro (4) meses, el cuál por ser definido, no le otorga fuero o estabilidad laboral, máxime que la actora tenía conocimiento de cuando iniciaba y cuando finalizaba su vinculación laboral con la entidad demandada, razón por la cual no había necesidad de expedir otro acto administrativo ni motivar la desvinculación.

La parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones,

indicando que el precedente jurisprudencial ha establecido que los empleados vinculados en provisionalidad aun cuando no gozan de estabilidad, tampoco pueden ser desvinculados como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción, por lo que se exige al nominador motivar el acto administrativo de insubsistencia en respeto al debido proceso administrativo, y para otorgar al empleado el derecho a controvertir la decisión en sede administrativa, siendo necesario que se especifiquen las razones la desvinculación, por lo que la falta de motivación es causal de nulidad del acto.

3.3.- Problema jurídico

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si se debe o no revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva el 2 de agosto de 2019, en tanto, negó las suplicas de la demanda por considerar que el reintegro solicitado no es procedente, pues el acto administrativo de nombramiento en provisionalidad de la actora fijó un término de duración de cuatro (4) meses a cuyo cumplimiento finalizaba la vinculación, para establecer, si le asiste razón a la parte recurrente al señalar que a pesar de haberse nombrado en provisionalidad por un término específico debió expedirse un acto administrativo motivado para su desvinculación laboral.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: i) Marco normativo y jurisprudencial aplicable; ii) hechos probados y; iii) análisis del caso concreto.

3.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Para la fecha en que se produjo la terminación del nombramiento provisional de la demandante, esto es el 19 de octubre de 2015, ya se encontraba vigente la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, norma que indica en su artículo 10 que los empleos que hacen parte de la función pública son: i) los empleos públicos de carrera, ü) los empleos públicos de libre

nombramiento y remoción, iii) los empleos de período fijo y iv) los empleos temporales.

3.5.1. Normas aplicables en materia de empleados vinculados en provisionalidad.

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones legales; en efecto indica el mencionado artículo:

"Artículo.-125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. En retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la constitución y la Ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".

Igualmente, en su artículo 130 creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la carrera administrativa en el Estado Colombiano, exceptuando los regímenes especiales.

Para el efecto se expidió la Ley 909 de 2004, *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, en la que en su artículo 1º,⁸ señaló cuales son los empleos que hacen parte de la función pública.

⁸ " **ARTÍCULO 1** (..)De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción
- c) Empleos de período fijo
- d) Empleos temporales".

El artículo 2º de la misma Ley, indicó los principios de la función pública, desarrollando los establecidos en el artículo 209 superior,⁹ los cuales deben estar presentes en la carrera administrativa establecida en el artículo 27.¹⁰

Se tiene entonces, que la finalidad de los concursos, es que las vacantes sean ocupadas, por los concursantes que superen todas las etapas del mismo, y se constituyan en la mejor opción para ocupar las vacantes ofertadas por la entidad estatal, en aras de proporcionar un servicio acorde con los principios que rigen la función pública.

Respecto a los nombramientos en provisionalidad, indicó en su artículo 25 que se puede realizar cuando el empleado de carrera se encuentre separado de su cargo y el mismo será provisto sólo hasta por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

A su turno el artículo 41¹¹ estableció las causales de retiro de los funcionarios de carrera, en el que precisó que la desvinculación del servicio, se deberá hacer mediante acto motivado.

La Ley 909 de 2004, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1227 del 21 de abril de 2005, que más adelante fue derogado por el Decreto 1083 de 2015, normativa que definió los empleos temporales y provisionales, los primeros en su artículo 1º, indicó que son los creados para desempeñar las

⁹ **"ARTÍCULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

¹⁰ **"ARTÍCULO 27.** Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna."

¹¹ **"Artículo 41.** Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: ...
Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. (Resalta el Despacho).

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

funciones que se describen en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo del estudio técnico o por el término establecido en el acto de nombramiento.

Respecto a los nombramientos en provisionalidad, el artículo 8° del Decreto 1083 de 2015 indicó que mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, así mismo, se dispuso en el parágrafo transitorio del citado artículo, que dichos nombramientos son autorizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil sin previa convocatoria a concurso, cuando el Jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio, siempre y cuando el cargo no pueda ser provisto mediante la modalidad del encargo, de todas formas la duración de la provisionalidad no será superior a 6 meses, tiempo en el cual la entidad deberá abrir el cargo a concurso de méritos.

Igualmente, insistió en su artículo 9°, que el nombramiento en provisionalidad originado por la separación del empleo del funcionario en carrera, solo será hasta cuando el mismo retorne a su cargo y que el funcionario que ocupe el puesto, el cual pese a ser de carrera, se entenderá que la vinculación al cargo es de manera provisional.

También en su artículo 10°, estableció que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, siempre y cuando esa decisión sea motivada.

Se colige de lo anterior, que los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado, según lo refiere la norma en comento y según lo señalado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Inicialmente el órgano de cierre de nuestra jurisdicción estableció que los actos administrativos que retiraban del servicio a los empleados en provisionalidad, no debían ser motivados habida cuenta, que no tiene fuero de estabilidad alguno y no obliga a la administración a su permanencia¹².

No obstante, la Corte Constitucional se ha distanciado de esta posición original, como quiera que considera que el servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad, si no es de aquellos que por su expresa confianza impliquen una decisión de origen político o de manejo directo de recursos, nada justifica que su remoción se haga sin mediar motivo alguno.¹³

Es así que el Consejo de Estado, luego del estudio acucioso de la Ley 909 de 2004, consideró que dicha base normativa y su Decreto Reglamentario, establecieron la obligación de la administración de motivar los actos administrativos que separaban a los funcionarios en provisionalidad del cargo en carrera que desempeñaban. Así lo refirió en sentencia de unificación de la Sección Segunda del 23 de septiembre de 2010, radicado No. 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

En dicha sentencia, dispuso la Sala que *"en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento¹⁴, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad"*.

En el mismo sentido indicó que *"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*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Dr. TARSICIO CÁCERES TORO, sentencia del 13 de marzo de 2003, Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01

¹³ .- Ver entre otras fallos de la Corte Constitucional T-1316 de 2005, T – 245 de 2007, T-1240 de 2004.

¹⁴ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO¹⁵, 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 párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004”).

De lo anterior, se puede colegir que los empleados en provisionalidad, gozan de una estabilidad laboral intermedia, por lo que su desvinculación del servicio se produce bajo una competencia reglada por las causas establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario, sin que importe el término legal al cual esté sujeto la provisionalidad y que dicha manifestación unilateral de la administración, debe contenerse en un acto administrativo que exponga los motivos reales por los cuales se adopta la decisión de retirar al empleado en provisionalidad.

3.6.- Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁶, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- La señora Cristianne Cedeño Ortiz fue nombrada en provisionalidad a través del Decreto No. 0306 del 13 de febrero de 2015, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05 en la Secretaría de Educación Departamental, por el término de cuatro (4) meses (fls.17-23 y 71-77), tomando posesión del cargo mediante acta de posesión No. 215 del 19 de febrero de 2015 (fl.84).

¹⁵ 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.

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

- Seguidamente Cristianne Cedeño Ortiz fue nombrada por la entidad accionada con Decreto No. 2065 del 11 de junio de 2015, en la Secretaría de Educación Departamental en provisionalidad, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, por el termino de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de su posesión (fls.24-26 y 78-80).
- Posteriormente, se hace un nuevo nombramiento en provisionalidad a la señora Cristianne Cedeño Ortiz en la Secretaría de Educación Departamental, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, por el término de cuatro (4) meses mediante, mediante Decreto No. 3606 del 05 de octubre de 2015, (fls.28-29 y 81-83).
- La señora María Angélica Gutiérrez Bonilla es nombrada en provisionalidad a través del Decreto No. 0572 del 16 de marzo de 2016 en el cargo que ocupaba la demandante, este es, Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, en la Secretaría de Educación Departamental (fls.30-32 y 95-97).
- Según el contenido de las resoluciones de nombramiento de la actora, se observa que en la Secretaría de Educación departamental del Huila se encuentran en vacancia definitiva los cargos de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, creados mediante Decreto No. 0118 del 26 de enero de 2015, para atender las funciones en las áreas de calidad, cobertura, asuntos legales y públicos, inspección y vigilancia, gestión administrativa y financiera de dicha dependencia, por lo que la administración departamental de la secretaría de educación surtió el proceso de convocatoria para proveer los cargos por encargo, no habiéndose presentado postulantes de los servidores públicos en nivel inferior con derecho a carrera, debiéndose proceder a la provisión del cargo por nombramiento provisional (fls. 54 a 83, resoluciones de nombramiento de la actora).
- La demandante a través de derecho de petición de 2 de junio de 2016, solicita a la entidad demandada se ordene su reintegro al cargo de Profesional

Universitario, Código 219, Grado 05, hasta tanto no se haya realizado un nombramiento por concurso (fls.33-38).

- Mediante resolución No.0307 del 24 de junio de 2016, la entidad demandada da respuesta a lo solicitado, negando el reintegro solicitado, argumentando que no es posible predicar fuero de estabilidad por parte de aquellos empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, de tal forma que el nominador puede disponer a discrecionalidad de un nuevo nombramiento (fls.39-48 y 85-94).

3.7. Análisis del caso concreto

La actora Cristianne Cedeño Ortiz fue nombrada en provisionalidad en la Secretaría de Educación Departamental, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, por periodos de 4 meses a través de los siguientes actos administrativos: Decreto No. 0306 del 13 de febrero de 2015, Decreto No. 2065 del 11 de junio de 2015 y Decreto No. 3606 del 05 de octubre de 2015.

Finalizado el último plazo, esto es, en el mes de febrero de 2016, la demandada no se comunicó con la actora, ni le hizo saber que su vinculación laboral no iba a proseguir.

Es así que la demandante interpone derecho de petición el 2 de junio de 2016, solicitando a la entidad demandada que se resolviera lo atinente a su situación administrativa y jurídica, indicando que no se le había informado sobre la terminación del nombramiento y solicitando se le reintegrara al cargo que venía desempeñando.

Petición que fue resuelta por la demandada con Resolución No. 0307 del 24 de junio de 2016, en la que negó el reintegro solicitado, manifestando que, el haber ocupado un cargo en provisionalidad, no le generaba fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados de carrera, por lo

que era a discreción de la administración disponer de nuevos nombramientos o retirar los existentes sin motivación alguna.

El problema jurídico planteado entonces se circunscribe a estudiar la legalidad del acto acusado para establecer si resultaba válido el retiro de la demandante con fundamento en el vencimiento del término del acto administrativo por el cual se le nombró en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05 de la Secretaría de Educación Departamental o, si, por el contrario, tiene derecho a ser reintegrada al cargo que desempeñaba en la medida que fuera necesaria la manifestación expresa de la entidad debidamente motivada.

Así las cosas, se tiene que el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 05, de la Secretaría de Educación Departamental del Huila, según se extrae del contenido de los actos administrativos de nombramiento de la demandante, se encuentra en vacancia definitiva y pese a que la Gobernación del Huila, surtió el proceso de convocatoria para proveer el cargo por encargo, dentro de este proceso no se presentó ningún postulante de los servidores públicos en nivel inferior con derecho a carrera, debiéndose proceder a la provisión del cargo por nombramiento provisional.

En consecuencia, la demandante Cristianne Cedeño Ortiz, fue vinculada en provisionalidad por la entidad demandada en el mencionado cargo, como ya se señaló, por periodos de 4 meses prorrogados sucesivamente, desde 19 de febrero de 2015 al 21 de febrero de 2016, resaltando que en ésta última fecha se vencía el plazo consagrado en el Decreto de nombramiento No. 3606 del 5 de octubre de 2015 (fls.28-29 y 81-83).

De tal suerte, que al analizar el caso que nos ocupa contra el marco jurídico ya expuesto, se tiene que la entidad demandada a la luz de la Ley 909 de 2004, vigente para el momento de retiro de la demandante, debió haber proferido acto administrativo motivado en el cual se sustentaran las razones por las cuales la provisión del cargo no continuaría bajo su designación, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la actuación administrativa.

Lo anterior, por cuanto para que proceda el retiro del servicio de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, como es el caso de la aquí demandante, es necesario que medie un acto administrativo que contenga los fundamentos establecidos en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, sin que importe el término al cual esté sujeto la provisionalidad, **razón por la cual, la simple manifestación o el cumplimiento del plazo, no es suficiente para que se considere que la desvinculación o retiro se encuentra efectuado en debida forma.**

Por lo expuesto, se advierte la administración incurrió en un error al omitir expedir el acto administrativo que pudiera poner de presente a la demandante las razones fundadas para ser separada del cargo, además de la equívoca manifestación de la entidad en señalar que el retiro del servicio se originó por el vencimiento del plazo del acto administrativo de nombramiento, desfigurando la naturaleza de proveer los cargos de carrera mediante la figura de la provisionalidad.

Así mismo, se resalta que el actuar de la administración, no corresponde con el fin del Estado de prestar un buen servicio público, más aún cuando la entidad demandada, en ningún momento probó que el cargo que ostentaba la actora, fue ocupado por una persona que hubiera superado todas las etapas de un concurso de méritos abierto, que así tuviera un mejor derecho que la aquí demandante, tanto así que a folios 30 a 32 del expediente, se observa el Decreto No. 0572 del 16 de marzo de 2016, expedido por la accionada, en donde se realizó el nombramiento en provisionalidad de la señora María Angélica Gutiérrez Bonilla, de lo que se infiere que se nombró en calidad de provisional a otra persona, sin que se precisara el por qué no se nombró nuevamente a la accionante cuando cumplía con los requisitos exigidos para optar al cargo, máxime cuando el mismo continuaba en vacancia definitiva conforme lo señala el acto de nombramiento de marzo de 2016.

De todo lo aquí expuesto, se refirió in extenso, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicado 11001-03-15-000-

2014-04126-01, demandante, Procuraduría General de la Nación, demandado Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, asunto, Acción de Tutela, Fallo de segunda instancia, en sentencia del 7 de septiembre de 2015 que se cita en este proveído, Consejera Ponente Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.¹⁷

¹⁷.- Se debe tener en cuenta que la nulidad del Oficio S.G. No. 1538 de 4 de abril de 2011, declarada en la providencia enjuiciada, estuvo respaldada, además de la falta de motivación, por la falsa motivación que halló probada el Tribunal, y que indebidamente cuestionó la Sección Cuarta en el fallo de tutela de primera instancia, según se explicó. Igualmente, la decisión contenciosa de segunda instancia reposó en el argumento asociado a la falta de competencia del órgano que expidió el oficio que informó la terminación del vínculo laboral de la señora Rubio Navarro –respecto de lo cual nada dijo la entidad accionante o la Sección Cuarta–, y que, a juicio de esta vista fiscal, es suficiente para desestimar la incidencia definitiva de los otros dos razonamientos –falta de motivación y falsa motivación– depositados en la decisión contenciosa acusada.

(...).

Pues bien, en primer lugar, no es del todo cierto que al encontrar probada la falta de motivación, en los términos en que lo hizo el Tribunal, no pudiera, además, concluir que, detrás del acto administrativo que determinó el retiro, existieran razones diferentes al vencimiento del plazo del nombramiento provisional, conforme se explicará en el siguiente capítulo de la presente providencia.

(...).

Visto así, le asistiría razón a la entidad tutelante. Sin embargo, esa sola intelección dejaría por fuera el posterior desarrollo de la jurisprudencia constitucional, especialmente la contenida en la sentencia SU-917 de 2010 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), proferida por la Sala Plena de esa corporación.

(...).

Hasta aquí puede verse, entonces, que una motivación insuficiente no se acompasa con la posición unificada del órgano de cierre en materia de tutelas –y por demás, posterior a la providencia T-753 de 2010– y por tanto, da lugar a que se genere un vicio en el acto administrativo por falta de la misma.

(...).

A esa conclusión arribó el Alto Tribunal, luego de efectuar una lectura sistemática de las normas del Decreto 262 de 2000 –no solo de su artículo 188–, que le permitió inferir que el término de la provisionalidad es para que el nominador adelante el correspondiente concurso de méritos, que le permita proveer el cargo en propiedad con el funcionario de carrera. Así, se trata de un plazo que aparea responsabilidades para la entidad, mas no de una causal objetiva de terminación de la provisionalidad.

(...).

No puede perderse de vista que la finalidad del plazo es una y la del acto de retiro otra, por ende, le corresponde a la administración cumplir con la carga legal de justificar la decisión de desvinculación, sin que sea válido, para tales efectos, alegar simplemente la terminación del plazo, cuando ni siquiera se ha convocado el correspondiente concurso de méritos, y ha habido prorrogas de aquel. Ello, de conformidad con el giro dado por la jurisprudencia constitucional¹⁷.

Así las cosas, comoquiera que el Tribunal acusado fundamentó la decisión de 29 de julio de 2014 con los criterios decantados en la sentencia SU-917 de 2010 –que citó en extenso–, mal podría la Sala endilgarle el reputado desconocimiento del precedente de la Corte, pues el que haya dejado de aplicar el razonamiento consignado en la sentencia T-753 de 2010 no da lugar a la configuración del defecto, toda vez que, en su lugar, optó por un criterio de interpretación que traduce en mejor forma el principio de indubio pro operario y que, por demás, era el constitucional vigente al momento de resolver la controversia.

Valga aclarar que también consideró los siguientes pronunciamientos: (i) de la Corte Constitucional, C-054 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-736 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez); y (ii) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 2 de junio de 2011, expediente No. 11001-03-15-000-2011-00558-00 (fls. 68-73).

Bajó ese marco normativo y jurisprudencial, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”**, en la providencia enjuiciada, señaló:

(...).

De la providencia en cita, entonces, se extracta que el Tribunal advirtió la falta de motivación del acto acusado en vía contenciosa, pues, pese a que de él se desprendió como causa el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad, ello, tal y como se ha explicado en el presente proveído, no constituye razón válida para la terminación del vínculo laboral, por lo tanto se toma por inexistente, en armonía con el precedente constitucional reseñado, tal y como, en efecto, lo hizo la autoridad judicial censurada. Ello, si se tiene en cuenta que no hay prueba de que el cargo de la señora Rubio Navarro haya sido provisto con el funcionario de carrera nombrado en propiedad por haber aprobado el respectivo concurso de méritos.

Aspectos expuestos en esta sentencia, que también fueron definidos por la Corte Constitucional en sentencia SU-354 del 25 de mayo de 2017, expediente T-5.882.857, Magistrado Ponente Dr. Iván Humberto Escruce Mayolo.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que contrario a lo señalado por el A quo, la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por lo que deberá revocarse la decisión de primera instancia y en consideración a lo expuesto, se declarará la nulidad Resolución N° 0307 del 24 de junio de 2006 emitida por el Departamento del Huila - Secretaría de Educación, que negó la continuidad de la vinculación laboral de la demandante Cristianne Cedeño Ortiz, lo anterior, advirtiendo la omisión en la que incurrió la demandada al no expedir acto administrativo en el que se sustentaran las razones por las cuales la actora fue separada del cargo.

5.1. Del Restablecimiento del derecho - Sentencia SU-556 de 2014

Mediante la Sentencia SU-556 de 24 de julio de 2014, la Corte Constitucional previó algunos límites al valor de la indemnización cuando se declara la nulidad de los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y estableció cuales son las órdenes que se

Ahora, tal conclusión en nada se oponía a que el referido juez contencioso de segunda instancia analizara los demás puntos de la controversia planteada –como era su deber–, para determinar el verdadero motivo de la desvinculación, que, a su juicio –en ejercicio de su autonomía, y siguiendo las reglas de la sana crítica–, fue la vinculación de la entonces demandante a uno de los sindicatos de la Procuraduría General de la Nación.

(...).

*Bajo ese entendido, la Sala advierte que el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”**, con el fallo de 29 de julio de 2014, dictado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 11001-33-31-705-2011-00201-01, no incurrió en un defecto sustantivo, al no disponer lo relativo al cumplimiento de la sentencia en los términos del CPACA.*

(...).

En esos términos, la Sala precisa que el cargo abordado en el presente capítulo no está llamado a prosperar, motivo por el cual no se imponen las órdenes de amparo pretendidas por el apoderado de la entidad tutelante para conjurar la supuesta vulneración al debido proceso de su representada.

(...).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revocar el fallo de tutela de 29 de abril de 2015, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la Procuraduría General de la Nación, para, en su lugar, **negar la tutela pretendida**”.

deben adoptar en caso de que se declare la nulidad de un acto administrativo que resuelva el retiro de un empleado en provisionalidad sin motivación.

En ese sentido, la citada corporación sostuvo lo siguiente:

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 provisional: 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.

(...)

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.”

En las anteriores condiciones, según la Alta Corporación, las órdenes que se deben adoptar en estos casos son:

- a. El reintegro del servidor público a su empleo, siempre que el cargo que ocupaba antes de la desvinculación i) no haya sido provisto mediante concurso; ii) no haya sido suprimido; o iii) el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso, circunstancias que no se configuran en este caso, o por lo menos no hay prueba de ello, razón por la cual, el reintegro de la señora Cristianne Cedeño Ortiz es procedente.
- b. A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, suma de la cual se deberá descontar el valor que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona **sin que la indemnización sea inferior a seis (6) meses ni exceder veinticuatro (24) meses de salario.**

Lo anterior, según lo dicho por la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación, tiene fundamento en aras de lograr una indemnización acorde con los principios constitucionales de reparación integral y equidad, que atiendan las circunstancias específicas en las que se encuentran los servidores públicos nombrados en provisionalidad, que por la naturaleza del cargo en carrera no pueden tener una expectativa de permanencia indefinida, en tanto su nombramiento es excepcional y transitorio.

Igualmente se declarará que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos laborales, durante el lapso de tiempo que dure la desvinculación del cargo.

5.2. Actualización

Las sumas a pagar por parte de la entidad demandada deberán reajustarse mes a mes en los términos de los artículos 187 y 192 del CPACA de acuerdo con 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 parte demandante, en la que los factores del IPC serán los de cada mes de causación del derecho para el índice inicial y el del mes de ejecutoria de este fallo, para el índice final, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* decidió no condenar en costas a la parte demandante, decisión sobre la cual no se presentó ningún reparo, por lo tanto, se mantendrá incólume dicha orden.

4.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en

costas¹⁸ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto¹⁹, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365²⁰ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)" (Resaltado por la Sala).

¹⁸ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁹ "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5 de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ***"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"***.

Precisado lo anterior, se advierte que en este caso, pese a que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, no habrá lugar a imponer condena en costas contra la parte demandada, toda vez que, una vez examinado el expediente, la Sala no encuentra elementos de prueba que demuestren o justifiquen que en el presente caso efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por la parte demandante, a quien se le resolvió favorablemente la presente Litis, que hagan procedente la imposición de costas.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso la demandante haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho en el curso del proceso, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

V. FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, de conformidad con lo expuesto en precedencia y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No.0307 del 24 de junio de 2016, por medio de la cual, se resolvió de forma negativa, la solicitud

de reintegro de la demandante al cargo de profesional universitario Grado 5, en la Secretaría de Educación Departamental.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar al Departamento del Huila a:

- a. Reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, pero solo en el evento que dicho empleo no hubiese sido provisto mediante concurso de méritos.
- b. Pagar a la señora Cristianne Cedeño Ortiz el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, efectuando los descuentos de ley con destino a seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, debidamente indexados y descontar el valor que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante sin que dicha indemnización exceda de **veinticuatro (24) meses de salario**, teniendo en cuenta que su desvinculación se produjo el 19 de febrero de 2016.
- c. Declarar que para todos los efectos legales durante el lapso de la desvinculación no ha existido solución de continuidad.

TERCERO: Actualizar las sumas que resulten de la condena impuesta de conformidad con las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia y la fórmula allí indicada. Igualmente devengarán los intereses moratorios consagrados en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado