

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ
RIVEROS**

Tunja, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

DEMANDANTE: MELBA VICTORIA BLANCO CETINA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TIPACOQUE

RADICADO: 152383333002201700123-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por **MELBA VICTORIA BLANCO CETINA** contra el **MUNICIPIO DE TIPACOQUE**.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETINA, presentó demanda solicitando que se declare la nulidad del Decreto No. 001 de 04 de enero de 2017 suscrito por el alcalde del municipio de Tipacoque, por medio del cual se dio por

terminado su nombramiento en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367 grado 2.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrar a la actora al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría. Igualmente, que se le condene al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos profesionales), dejados de percibir y cancelar desde la fecha en que fue retirada del servicio y hasta cuando se produzca el reintegro. Además, que se declare que durante dicho término no ha existido solución de continuidad para todos los efectos salariales, prestacionales y laborales.

Como fundamento de las pretensiones, la actora indicó que mediante Decreto 0015 de 06 de enero de 2012 fue nombrada en provisionalidad por el Municipio de Tipacoque, para ejercer el cargo de Técnico Operativo Sisbén Código 314 Grado 01, dándose por terminado dicho nombramiento por medio de Decreto No. 001 de 04 de enero de 2017, el que le fue notificado el día 5 del mismo mes y año, sin mediar justificación alguna, sino con un criterio clientelista, nombrándose en dicho cargo a otra persona, sin tener en consideración el mérito o el mejoramiento del servicio, debido a que el remplazo no cumplía con los requisitos, perfiles y competencia del cargo, y sin obtener autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil (fls. 4 a 14).

2.2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA: Se trata de la sentencia proferida el día 08 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a esta conclusión, la Juez de instancia señaló que de acuerdo con la norma y la jurisprudencia, el vencimiento del término de los seis (6) meses para la vinculación del funcionario en provisionalidad no constituye razón suficiente para proferir el acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad, en tanto deben esgrimirse razones específicas relacionadas con el servicio público que éste presta, y que al revisar el acto administrativo acusado se evidencia que a pesar de su extensa motivación, la razón de

terminación del nombramiento provisional efectuado a la actora, fue el vencimiento del término para el que fue nombrada, por lo que al no haberse señalado otras causales de buen servicio, la Juez a quo concluyó que la presunción de legalidad del acto acusado fue desvirtuada por la causal de nulidad de FALTA DE MOTIVACIÓN, y que por tanto debe ser declarado nulo.

Como consecuencia de la anterior declaración, ordenó a la entidad demandada a *"i) reintegrar a la actora al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) reconocer liquidar y pagar a la demandante los salarios y demás emolumentos laborales y prestacionales a que tenía derecho desde el momento en que fue desvinculada y hasta que se produzca el reintegro, debiendo efectuar los descuento del ley con destino a seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, debidamente indexados; iii) declarar que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, desde el momento en que fue desvinculada y hasta que se produzca el reintegro."*

Adicionalmente, precisó que del pago de la condena se debe descontar todo lo percibido por la actora como retribución por cualquier concepto laboral público, o privado, dependiente o independiente durante el periodo de desvinculación.

Finalmente, condenó en costas a la entidad demandada. (fls. 167 a 174).

2.3. RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del Municipio de Tipacoque interpuso recurso de apelación, con fundamento en que la Juez de instancia no llevó a cabo el análisis de la motivación del acto administrativo que decidió anular, desconociendo que para el día en que fue proferido dicho acto la jurisprudencia vigente permitía dar por terminado los nombramientos en provisionalidad por vencimiento del término de dicha provisionalidad, sentencias como la T-407 de 2016 proferida por la Corte Constitucional en sede de revisión de fallos de tutela, y la de 04 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado dentro del radicado 11001-03-15-000-2016-01424-01, por lo que asegura que es este el criterio que se debe tener en cuenta en aplicación del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, máxime cuando el artículo 19 del Decreto 1227 de 2005 así lo establece, razones por las que afirma que el acto acusado no

está viciado por falta de motivación, precisando que la Juez de instancia no podía aducir de ninguna manera falta de motivación.

Por último señaló que la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y que tuvo en cuenta la Juez de instancia para proferir el fallo apelado, no constituye precedente debido a que no fue proferida en sede de revisión y en la sentencia SU- 917/10 no se estudió un caso similar al que es objeto de litigio, sino en casos en que no fueron motivados los actos de declaratoria de insubsistencia, y resaltó el hecho de no encontrarse probado que la persona que remplazo a la actora no cumpliera con los requisitos para su desempeño o que no se mejorara el servicio y que respecto a la autorización de la CNSC para nombrar el reemplazo, resaltó que el Consejo de Estado suspendió la norma que establece tal deber, razones por las que solicita que se revoque el fallo de primera instancia, incluyendo la condena en costas por considerar que no es procedente la misma si se tienen en cuenta que el alcalde no desplegó ninguna situación irregular, sino que se acogió a un precedente constitucional (fls. 179 a 213).

2.4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA:

- El apoderado del **MUNICIPIO DE TIPACOQUE**, además de reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación, precisó que en el presente caso no se trata de un acto administrativo que haya declarado una insubsistencia, sino de un acto que dio por terminado un nombramiento que necesita motivación. Además, señaló que al no haberse solicitado en la demanda la indemnización o reparación del daño, no es posible reconocer valor alguno por tal concepto (fls. 263 a 283).

- Por su parte, el apoderado de la demandante solicitó en su escrito de alegatos que se confirme la sentencia de primera instancia, por encontrarse probados los siguientes aspectos: **i)** que mediante Decreto 015 de 06 de enero de 2012 la demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de carrera administrativa denominado TÉCNICO OPERATIVO SISBEN, Código 314, Grado 01, siendo cambiada

la dicha denominación a través del Decreto 045 de 14 de septiembre de 2015, a TÉCNICO ADMINISTRATIVO, Código 367, Grado 02, **ii)** que el nombramiento de la actora se prorrogó hasta el 06 de enero de 2017, debido a que mediante Decreto 001 de 04 de enero de 2017 se dispuso darlo por terminado aduciendo simplemente la expiración del plazo del nombramiento en provisionalidad; **iii)** que la demandante fue remplazada por otra persona nombrada en provisionalidad, lo que a su juicio no se ajusta a los principios constitucionales y legales de la función administrativa.

Adicionalmente, señaló que ni en la motivación del acto acusado, ni en el trámite del proceso, ni en la impugnación se indicó que **a)** el retiro del servicio de la demandante obedeció al nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos y que integraba la lista de elegibles, ó **b)** que su retiro se efectuó por la incursión en una falta disciplinaria; ó **c)** porque había incumplido sus deberes u obtenido una calificación insatisfactoria, por lo que señaló que de acuerdo al precedente vertical citado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 23 de marzo de 2017, el acto acusado se encuentra viciado por falta de motivación en la medida en que el vencimiento del término del nombramiento provisional no es razón suficiente para darlo por terminado (fls. 284 a 289).

- La Agencia del Ministerio Público guardó silencio (fl. 284 a 290).

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico:

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, el problema jurídico se contrae a determinar si el vencimiento del plazo del nombramiento en provisionalidad efectuado a la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETINA es razón suficiente para dar por terminado dicho nombramiento.

3.2 NORMAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLES EN MATERIA DE EMPLEADOS VINCULADOS EN PROVISIONALIDAD.

Como primera medida, advierte la Sala que para la fecha en que se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la actora en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, Grado 02, esto es, para el 06 de enero de 2017, estaba en vigencia la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, Ley que indica en su artículo 1º que los empleos que hacen parte de la función pública son: **i)** los empleos públicos de carrera, **ii)** los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, **iii)** los empleos de período fijo y **iv)** los empleos temporales.

En el tema concreto de los empleos en provisionalidad, el artículo 25 ibidem, determinó que “ 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 carrera¹”.*

Por su parte, el artículo 9º del Decreto 1227 de 2005, dispuso que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso 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. Igualmente, en el párrafo transitorio del artículo 8º, dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales sin convocatoria previa 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; encargo o nombramiento provisional que no puede superar los 6 meses,** término dentro del cual se debe convocar a concurso, reiterándose que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

¹(negrilla y subrayado fuera de texto)

Seguidamente, el mencionado Decreto fue modificado por el **Decreto 3820 de 2005**, en el que se estableció que la prórroga de las citadas figuras se haría hasta que se superara las circunstancias de su origen, con la autorización previa de la CNSC, siendo dicha disposición igualmente modificada por el **Decreto 1937 de 2007**, en el que se amplió el espectro de la prórroga, en el sentido de no requerirse autorización de la CNSC para proveer vacancias temporales de empleos de carrera. Sin embargo, con la expedición del **Decreto 4968 de 2007**, se dispuso que le corresponde a la CNSC resolver las peticiones de autorización **para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, término dentro del cual, si no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.**

Resalta la Sala que previo a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad tenía unos procesos específicos señalados en el Art. 8 y s.s. de la Ley 443 de 1998, y las disposiciones reglamentarias contenidas en los Arts. 107 del Decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998, permitían separar del cargo a los servidores de manera discrecional.

Sin embargo, en vigencia de la Ley 909 de 2004, las causales de retiro de un empleado que desempeñe un empleo de carrera en provisionalidad, están previstas en su artículo 41, y el empleador sólo puede darlos por terminados mediante acto motivado, tal como lo establece esta disposición en su párrafo 2º, así:

- "a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*
- c) **INEXEQUIBLE.** Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004 Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005*
- d) Por renuncia regularmente aceptada;*

- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
 - f) Por invalidez absoluta;
 - g) Por edad de retiro forzoso;
 - h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
 - i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
 - j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
 - k) Por orden o decisión judicial;
 - l) Por supresión del empleo;
 - m) Por muerte;
 - n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”
- (...)

Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.”(Negrilla fuera de texto)

En igual sentido, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, señaló lo siguiente:

“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”. (negrilla y subrayado fuera del texto).

Nótese como esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen, con el fin de garantizar el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, el derecho de defensa, de contradicción, el debido proceso y controlar la arbitrariedad de la administración².

El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, respecto a la motivación de los actos que desvinculan funcionarios en provisionalidad, dijo³:

“ (...). 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

²Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009,

³Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

2004 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, (...)**

*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. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En igual sentido, la Corte Constitucional, en sentencia SU-917 de 2010, determinó la forma de motivación de los actos administrativos por parte del nominador al desvincular a quien desempeña un cargo en provisionalidad:

"(...) b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

*Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al **principio de "razón suficiente"** en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general **prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad**, donde **"deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado"**⁴⁴. En*

⁴⁴Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: 'Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la

*otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"⁵.
(...)*

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una - inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"⁶, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁷. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁸. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela."

En el mismo sentido se pronunció el Máximo órgano Constitucional en Sentencia T-147/13, al expresar:

"(...) Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera.

(...)

En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación⁹."

Colígese de lo anterior que el acto administrativo que da por terminado el nombramiento provisional de un empleado que desempeña un cargo de carrera administrativa deberá efectuarse mediante acto motivado en el que se explique de manera clara, detallada y precisa, cuáles son las

administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

⁵Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁶Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2009.

⁷Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras."

⁸Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras."

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T- 147 de 18 de marzo de 2013, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Referencia: expediente T-3.172.775

razones de hecho por las cuales se prescindirá del funcionario en cuestión¹⁰, ello con el fin de garantizar el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, el derecho de defensa, de contradicción, el debido proceso y controlar la arbitrariedad de la administración, de manera que la falta de motivación o la falsa motivación de la actuación, constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

3.3. LA FINALIZACIÓN DEL TÉRMINO DEL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL NO ES RAZÓN SUFICIENTE DE MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO.

Sea lo primero señalar que, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y, por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia SU556/14, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, **debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho**, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. **En ese sentido, debe "atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario**

¹⁰Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009,

habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo¹¹."

En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; sin que el vencimiento del término de duración del nombramiento en provisional constituya por sí sola razón justificable del retiro del servicio de un funcionario nombrado en provisionalidad¹². A esta conclusión llegó la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia proferida el 29 de abril de 2015 en sede de tutela, dentro del radicado No 11001-03-15-000-2014-04126-00, en la que a propósito de la sentencia T 753 de 2010, indicó:

*"Así, para la Corte, una motivación constitucionalmente admisible en estos casos es aquella que se sustenta en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez superado el concurso de méritos, la calificación insatisfactoria del funcionario, la imposición de alguna sanción disciplinaria, y cualquier otra razón específica atinente al servicio que presta el funcionario, excluyendo cualquier tipo de referencia genérica.
(...)*

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 constitucional. (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Partiendo del recuento expuesto, considera la Sala que el vencimiento del término de nombramiento es de aquellos que la Corte Constitucional consideró como no enmarcados dentro del principio de la "**razón**

¹¹ Sentencia SU556/14

¹² A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia de 21 de marzo de 2018 proferida dentro del proceso radicado No. 150013333007-2013-00250-01 Magistrado ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana.

suficiente", pues no obedece a un motivo específico atinente al servicio prestado, ni a la provisión del cargo en carrera, a sanción disciplinaria o calificación insatisfactoria y por ello el acto de retiro debe existir y estar motivado en razones objetivas.

Criterio que esta Corporación ha mantenido desde la providencia del 23 de marzo de 2017¹³, a través de la cual se recalcó que el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 que establece que "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", debe ser interpretado de conformidad con los principios constitucionales que rigen el Estado Social de Derecho y la teleología que informa el servicio público, de manera que si al vencerse el término del nombramiento no hay provisión definitiva porque no se ha realizado el concurso de mérito no se ha expedido la lista de elegibles y el cargo ha sido desempeñado por una persona idónea, con las aptitudes y requisitos exigidos por la ley, con moralidad, imparcialidad, así como un desempeño satisfactorio, no corresponde a una decisión objetiva y conforme a los intereses generales el retiro por el vencimiento de término.

De igual manera, la corporación en providencia de 4 de abril de 2017¹⁴, con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García, señaló que "los motivos que soporten el retiro de un empleado vinculado en provisionalidad en un cargo escalafonado, no pueden responder a argumentos superficiales o vanos que carezcan de comprobación, en cambio debe tratarse de razones viables y posibles de constatarse o verificarse, es decir, que estén precedidas de soporte fáctico, para determinarse con ello que contienen motivos reales y válidos que ameritan la decisión de la administración de separar el funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera administrativa".

Así las cosas, del análisis considerativo, jurisprudencial y del criterio adoptado por esta Corporación, se colige que el acto de retiro que se

¹³Sentencia del 23 de marzo de 2017 Expediente No. 1500133330062013 00006-01 Municipio de Garagoa. MP. Dra. Clara Eliza Cifuentes Ortiz.

¹⁴Sentencia de Acción: Nulidad y restablecimiento del Derecho – radicado 150013133012-2009-00200-01- demandante Myriam Rocio Herrera Bernal – demandado: Instituto de Recreación y deporte de Tunja IRDET 14 Artículo 229 de la Constitución Política.

fundamenta en el vencimiento del término constituye una referencia acerca de la naturaleza provisional del nombramiento y no atiende las finalidades de la función administrativa¹⁵, pues el legislador al establecer un periodo específico en estos eventos, buscó agilizar la provisión de los cargos a través de un concurso de méritos como lo exige el artículo 125 Superior, y no la creación de una nueva forma de vinculación al servicio público y, por consiguiente, de desvinculación¹⁶.

En las anteriores condiciones y por todo lo expuesto, la Sala mantiene¹⁷ la tesis jurisprudencial según la cual, no es una razón suficiente del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad que desempeña un cargo que debe ser provisto en carrera, el vencimiento del término.

4. Caso concreto

Se encuentra probado en el proceso que la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETINA fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto 015 de 06 de enero de 2012 para desempeñar el cargo de "Técnico Operativo Sisbén, Código 314, Grado 01" de la planta de personal del Municipio de Tipacoque, por un término de cinco (5) días, con la salvedad que en el caso de que la Comisión Nacional de Servicio Civil guardara silencio frente a la "autorización correspondiente", dicho nombramiento sería de seis (6) meses (fls. 26 y 27).

Según se evidencia en el Decreto 045 de 14 de septiembre de 2015, la denominación del cargo en el que había sido nombrada la actora, fue cambiada por la de "TÉCNICO ADMINISTRATIVO, Código 367, Grado 02"(fl. 93 cdno de anexos), procediendo el Alcalde Municipal de Tipacoque a incorporarla a dicho cargo de la nueva planta de personal, mediante Decreto No. 002 de 04 de enero de 2016, acto administrativo que le fue notificado el 02 de febrero de 2016 (fls. 178 a 183 cdno de anexos), procediendo la actora a tomar posesión del mismo, el día 16 de

¹⁵Artículo 229 de la Constitución Política.

¹⁶

A esta conclusión llegó este Tribunal en sentencia de 22 de abril de 2020 proferida en el proceso radicado No. 152383333002-2017-00160-01, Magistrado Ponente JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO.

¹⁷Sala de decisión N° 5 Magistrado Ponente OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO-expediente 152383333002-2017- 00153-01-demandado MUNICIPIO DE SAN MATEO

febrero de 2016, con efectos fiscales a partir del 01 de enero de 2016 (fl. 187 cdno de anexos), dándose por terminado su nombramiento provisional a través del Decreto 001 de 04 de enero de 2017 y a partir del 06 de enero de 2017, con fundamento en las siguientes razones:

"(....)

4. Que el ART. 10° del Decreto 1227 de 2005 dispone que:

"....Antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado...." (Se subraya).

Significa lo anterior que el retiro del servicio de esta clase de empleados no está condicionado a la convocatoria a concurso de méritos o a la expedición de una lista de elegibles, máxime cuando en el decreto de nombramiento se estableció que el término de la provisionalidad sería de seis (6) meses, lo cual significa que la vinculación no fue indefinida, por lo cual es procedente el retiro por expiración del plazo para el cual fue nombrada. Además, en esencia el acto que ordena la terminación de un nombramiento provisional es de carácter discrecional.

(....)

Que revisado el acto administrativo de nombramiento, contenido en el Decreto No. 015 de 06 de enero de 2012, se advierte que el primer periodo iría desde el día seis (6) de Enero de 2012 hasta el día seis (6) de julio de 2012; que sus prórrogas irían desde el día seis (6) de julio de 2012 al seis (6) de Enero de 2013 y, así sucesivamente, para llegar a la última prórroga comprendida entre el seis (6) de Julio de 2016 con terminación del seis (6) de Enero de 2017.

(....)

Que la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T- 402 del 04 de agosto de 2016, expedientes T-5.490.947 y T-5.509.816, con ponencia del Honorable Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, frente a la validez del retiro de provisionales por vencimiento del término del nombramiento, precisó:

"...Recientemente, la Sala segunda de Revisión profirió la sentencia T- 360 DE 2015. En dicha decisión se recogieron las principales reglas sobre la obligación que tienen la administración de motivar los actos de desvinculación de funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. De la misma manera, dicha providencia, se pronunció sobre la expiración del plazo del cargo como "razón suficiente" para la desvinculación de provisionales. A continuación la Sala, por considerarlo procedente para la solución de caso y respetando el precedente, reitera dicha jurisprudencia.

(....)

14. Que partiendo de la base que en el presente evento la Sentencia T- 407 de 2016, es traída a colación como precedente judicial vertical por contener supuestos fácticos similares a los que aquí nos ocupa, y atendiendo que es el soporte de la motivación de este acto, resulta de trascendental importancia manifestar que fue la

*misma Corte Constitucional la que en sentencia T- 270 del nueve (9) de marzo de 2013, frente al carácter vinculante de los fallos de tutela en sede de revisión sostuvo:
(.....)*

15. Que, en conclusión, la expiración del plazo en el nombramiento en provisionalidad, constituye la razón suficiente- motivación del acto-, para retirar del servicio a la funcionaria citada.” (fls. 16

El precitado Decreto fue notificado a la demandante el día 05 de enero de 2001, tal como se evidencia en constancia de notificación personal visible a folio 15 del plenario.

De otra parte, el Manual de Funciones y competencias laborales para los empleos que conforman la planta de personal de la Administración Central del Municipio de Tipacoque, establecida en el Decreto No. 054 de 11 de noviembre de 2015, estableció como requisitos mínimos para desempeñar el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, grado 02, que desempeñaba la demandante, los siguientes:

FORMACIÓN ACADÉMICA	EXPERIENCIA
Título bachiller en cualquier modalidad y curso específico mínimo de sesenta (60) horas relacionado con las funciones del empleo.	Seis (6) meses de experiencia relacionada.

Como funciones del cargo se establecieron las siguientes:

1. *Desarrollar los procesos y procedimientos inherentes al funcionamiento integral del sistema de selección de Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN, incluida la administración, operación y actualización permanente de las respectivas bases de datos de los diferentes programas sociales, con especial énfasis la del Régimen Subsidiado en Salud y Más Familias en Acción, por su misma naturaleza.*

2. *Ejercer todas las actividades de apoyo y complementarias, que la ejecución integral y el cumplimiento de los diferentes programas sociales exigen, tales como realizar encuestas, cruces de información con las diferentes EPS-S, novedades, verificación de beneficiarios en educación y salud, así como fomentar la práctica de proyectos productivos y encuentros de bienestar, entre otros.*

3. *Ejercer las actividades de apoyo y complementarias, que exige la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, planes, programas y proyectos, relacionados con los programas sociales.*

4. *Adelantar todas las actividades que en materia de gestión documental, archivo, registro, correspondencia e informes de carácter interno y externo, se deriven de los procesos y procedimientos de su competencia, así como rendir a*

través de la plataforma o software dispuesto, la información pertinente, con la periodicidad indicada por las instancias destinatarias.

5. Apoyar la implementación, desarrollo y mejora continua en todas las actuaciones inherentes a la misión de la dependencia, bajo la órbita del Modelo Estándar de Control Interno MECI, así como del Sistema de Gestión de Calidad, si este último fue adoptado por el Municipio.

6. Velar por la correcta organización de la dependencia, el efectivo y oportuno cumplimiento de las funciones a cargo, proponiendo y/o disponiendo en tiempo real según el caso, los ajustes o modificaciones que considere necesarios e inherentes a la misión de la misma.

7. Las demás que se le asigne y que correspondan a la naturaleza del empleo y al área de desempeño.”

A folios 100 a 114 obra la hoja de la vida de la señora Gloria Azucena Valderrama García, quien fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, grado 02, luego de ser retirada la actora del mismo, de la que se evidencia que cuenta con los siguientes estudios y experiencia:

ESTUDIOS

- *Bachiller Académico, título obtenido en el mes de diciembre del año 2000.*
- *Tecnóloga en saneamiento ambiental.*

EXPERIENCIA:

- *Fundación latinoamericana- del 15 de enero de 2012 al 15 de diciembre de 2012.*
- *Alcaldía de Tipacoque, del 25 de agosto de 2014 al 27 de diciembre de 2014, dependencia- FUTURAGROPEC.*
- *Alcaldía de Tipacoque, del 01 de agosto de 2015 al 15 de diciembre de 2015, dependencia- ICBF.*
- *Alcaldía de Tipacoque, del 06 de enero de 2016 al 30 de diciembre de 2016.*

CONCLUSIÓN

A juicio de la parte actora, el Decreto No. 001 de 04 de enero de 2017 suscrito por el alcalde del Municipio de Tipacoque, por el cual se dio por terminado su nombramiento provisional en el cargo de “Técnico Administrativo. Código 367, Grado 02, está viciado de nulidad por FALTA DE MOTIVACIÓN, debido a que la motivación aducida es aparente e insuficiente.

Al efecto, sea lo primero señalar que sobre la *FALTA DE MOTIVACIÓN* del acto administrativo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que su ocurrencia se subsume en el vicio de “expedición irregular” a que se refiere el inciso segundo del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, y se configura cuando el acto carece por completo de fundamentos de hecho y/o de derecho, o cuando la motivación incorporada en el acto administrativo es tan precaria e insuficiente que no puede tenerse el acto como motivado¹⁸.

Como se refirió previamente, los motivos que tuvo en cuenta el Alcalde Municipal de Tipacoque para dar por terminado el nombramiento provisional de la demandante fue “*la expiración del plazo para el cual fue nombrada*”, bajo la precisión que “*revisado el acto administrativo de nombramiento, contenido en el Decreto No. 015 de 06 de enero de 2012, se advierte que el primer periodo iría desde el día seis (6) de Enero de 2012 hasta el día seis (6) de julio de 2012; que sus prórrogas irían desde el día seis (6) de julio de 2012 al seis (6) de Enero de 2013 y, así sucesivamente, para llegar a la última prórroga comprendida entre el seis (6) de Julio de 2016 con terminación del seis (6) de Enero de 2017.*”

A juicio de la Sala, el motivo expuesto por el Alcalde Municipal de Tipacoque para dar por terminada la vinculación provisional a la actora en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 02, no puede ser considerado como razón suficiente o justificable, como quiera que la misma no hace parte de las causales de retiro establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y si bien es cierto que el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, dispone que “*Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado*”, esta disposición por sí sola no da lugar a que se tenga como razón suficiente la expiración del plazo del nombramiento, toda vez que la Corte Constitucional en las sentencias SU 917 de 2010 y SU 556 de 2014 dejó establecido que los funcionarios

¹⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 23 de marzo de 2017, CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, radicado No. 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016).

nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, gozan de una estabilidad relativa, cuya expectativa de permanencia en el cargo va hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, y que, por tanto, el retiro del servicio de éstos debe "atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario", precisando que sólo razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando, ò que el cargo va a ser ocupado en carrera administrativa, pueden constituir razones suficientes y razonables.

En este orden de ideas, y como quiera que en el acto administrativo acusado no se enuncia como causal de retiro de servicio de la actora del cargo para el que fue nombrada en provisionalidad, su mal desempeño o el haber incurrido en faltas disciplinarias, o el deber de nombrar en propiedad al funcionario que quedó en primer lugar de la lista de elegibles, y tampoco se evidencia tales aspectos de las pruebas obrantes en el plenario, fuerza concluir que el mismo se encuentra viciado de nulidad por FALTA DE MOTIVACIÓN por cuanto la motivación allí incorporada no puede tenerse como suficiente o justificable, sin que el hecho de que la persona que posteriormente fue nombrada en provisionalidad cumpla con los requisitos mínimos para el desempeño de cargo, pueda dar lugar a sanear tal vicio.

En este orden de ideas, y al encontrarse que el acto administrativo demandado no se encuentra debidamente motivado y fundamentado, se dispondrá la confirmación del numeral primero de la sentencia de primera instancia, en lo que corresponde a la declaratoria de nulidad del Decreto 001 de 04 de enero de 2017 expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque.

Ahora bien, en vista que el apoderado de la demandante, mediante memorial radicado el 29 de noviembre de 2019, informa que la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETINA falleció el día 02 de octubre de 2019, que el día 14 de diciembre de 2002 contrajo matrimonio con el señor MANUEL ALARCON REINA, de quien no se había separado de bienes ni de cuerpo, y que de dicha unión quedan 3 hijos, llamados MANUEL

DAVID, LESLY MARIANA Y MICHELL SOFIA ALARCÓN BLANCO, allegando como prueba de tales afirmaciones, el registro civil de defunción, el registro civil de matrimonio y los respectivos registros civiles obrantes a folios (fls. 293 a 297), así como los poderes que le confirió al mismo abogado el señor MANUEL ALARCON REINA a nombre propio y en representación de sus menores hijos LESLY MARIAN ALARCÓN BLANCO y MICHELL SOFIA ALARCÓN BLANCO, y el joven MANUEL DAVID ALARCON BLANCO (fls. 298 y 299) a efectos de obtener el reconocimiento como sucesores procesales, considera la Sala que, al estar acreditado el parentesco, es procedente acceder a la sucesión procesal prevista en el artículo 68 del CGP., disposición normativa que establece que la sentencia producirá efectos respecto de dichos sucesores. En palabras del Consejo de Estado “El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor¹⁹”.

De acuerdo con lo anterior, el restablecimiento del derecho concedido en primera instancia debe ser modificado, atendiendo a la sucesión procesal referida y teniendo en cuenta que la Sentencia de Unificación SU-556-2014 proferida por la Corte Constitucional en la que se dejó establecido 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 que las cosas se retrotraigan al 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.”

Con fundamento en lo anterior, la Corte concluyó 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**, por lo que precisó que las órdenes que

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2005, con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra, expediente radicado bajo el No. 50001-23-31-000-1995-04849-01 (16346).

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, debe agregarse, no haya fallecido, como ocurrió en el presente caso puesto que dicha orden sería imposible de cumplirse; y, **(ii)** a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, sin que pueda ser inferior a seis (6) meses ni exceder de veinticuatro (24) meses de salario, descontando de ese monto las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.

Por lo anterior, se MODIFICARÁ el NUMERAL SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia para ordenar al Municipio de Tipacoque pagar al cónyuge supérstite de la demandante, señor MANUEL ALARCÓN REINA y a su hijo MANUEL DAVID ALARCÓN BLANCO, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir por la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETIAN (q.e.p.d), desde el día siguiente a la fecha en que se produjo su desvinculación, esto es, desde el 6 de enero de 2017, y, hasta el 6 de enero de 2019, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, por cuanto la suma a pagar por indemnización no puede ser inferior a seis (6) meses ni puede exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Adicionalmente, se declarará para los efectos salariales y prestacionales, que durante el lapso de desvinculación no existió solución de continuidad.

Precisa la Sala que la referida modificación se hace en aplicación del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-556-2014 (que no aplicó la Juez de instancia sin motivación alguna), con respecto al reintegro y la devolución de los salarios

y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el cual sostiene que con el propósito de que la reparación corresponda al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, la indemnización a ser reconocida no puede ser inferior a los seis 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 meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

Ahora, es importante precisar que si bien el Consejo de Estado es el tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aun así está sujeto a los lineamientos de la Constitución Política y a las interpretaciones que del texto Superior lleva a cabo la Corte Constitucional con fundamento en lo previsto en sus artículos 4º y 241, no pudiendo apartarse del precedente constitucional sin haber asumido una carga de argumentación que permita demostrar adecuada y suficientemente las razones por las cuales se adoptan decisiones en sentido contrario.

Así las cosas, esta Sala concluye que no se han presentado en el tema elementos de juicio distintos que permitan llegar a aplicar una regla de derecho diferente frente a los actos de retiro de los funcionarios en provisionalidad. De allí que desconocer el precedente de la Corporación en el tema, cuando el acto de retiro no ha sido motivado, es incurrir en una violación flagrante de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, contenidos en los artículos 13 y 29 de la Carta Política, respectivamente²⁰.

5. Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

²⁰ A esta conclusión, llegó la Corte Constitucional en sentencia SU354/17, en la que se analizó un caso con contornos similares al que es objeto de estudio.

Concretamente señala el recurrente que debe revocarse la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto el Alcalde Municipal de Tipacoque no desplegó ninguna situación irregular, sino que se acogió a un precedente constitucional.

En lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produjo un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". Ahora, de acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A²¹., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (Art. 392)²², en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público²³.

Ahora, teniendo en cuenta que las costas²⁴, comprenden, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho**, entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

²¹C.P.A.C.A. **Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

²²C. de P.C. **Artículo 392.**- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.

(...)

3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

²³Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

²⁴Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte gananciosa efectuó**, y a la que le deben ser reintegradas." ²⁴

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por la Juez de primera instancia en la providencia apelada, observa la Sala que en el sub judice las pretensiones prosperaron totalmente por aplicación de las Sentencias de Unificación SU917 de 2010 y SU 556 de 2014 proferidas por la Corte Constitucional, expedidas con antelación al acto acusado, de manera que a juicio de la Sala la condena en costas impuesta por el A quo a la entidad demandada, resulta procedente por ser la parte vencida en el proceso, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 365 del CG.P., por lo que se confirmará la misma.

6. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la parte demandada, por ser la parte vencida en el proceso, y habersele resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación²⁵, teniendo en cuenta que se causaron y en la medida de su comprobación, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8 del Artículo 365 del C.G.P.

Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: RECONOCER al señor MANUEL ACARCÓN REINA, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.613.514 de Tipacoque, a los menores LESLY MARIANA Y MICHELL SOFIA ALARCÓN BLANCO y al señor MANUEL DAVID ALARCÓN BLANCO, identificado con cédula de

²⁵C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que hay propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código.

ciudadanía No. 1.002.682.038 de Tipacoque, como sucesores procesales de la demandante, señora MELBA VICTORIA BLANCO CETIAN (q.e.p.d), en los términos del artículo 68 del C.G.P.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado YOHAN MANUEL BUITRAGO VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.176.361 de Tunja, y T.P. No. 120.317 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de los señores MANUEL ALARCÓN REINA, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.613.514 de Tipacoque, y MANUEL DAVID ALARCÓN BLANCO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.002.682.038 de Tipacoque, quienes actúan en la presente Litis como Sucesores Procesales de la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETIAN (q.e.p.d), en los términos de los poderes visibles a folios 298 y 299 del plenario.

TERCERO: MODIFICAR el numeral "SEGUNDO" de la parte resolutive de la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, el cual quedará así:

"SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar al MUNICIPIO DE TIPACOQUE, a:*

- a.** *Pagar al cónyuge supérstite de la señora MELBA VICTORIA BLANCO CETIAN (q.e.p.d), señor MANUEL ALARCÓN PEINA, y a su hijo MANUEL DAVID ALARCÓN BLANCO, a título indemnizatorio, 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 el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, en la proporción legalmente prevista para el cónyuge y para cada uno de los hijos.*

b. Declarar que para todos los efectos legales durante el lapso de la desvinculación no existió solución de continuidad.

c.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte recurrente en esta segunda instancia. Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

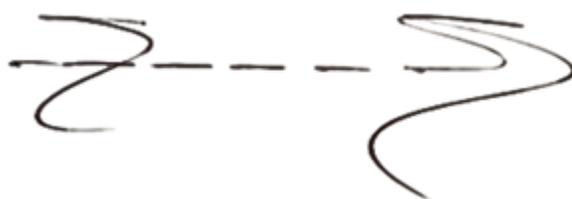
SEXTO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS



FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA