



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Administrativo del Magdalena
Despacho 004

Santa Marta, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

| | |
|-------------------------|--|
| Demandante | Jaqueline Cruz Vega |
| Demandado | Distrito de Santa Marta |
| Clase de Proceso | Nulidad y Restablecimiento del Derecho |
| Radicación | 47-001-3331-001-2013-00372-01 |
| Instancia | Segunda |

Magistrada Ponente: Dra. **Elsa Mireya Reyes Castellanos**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de julio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Santa Marta, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La señora JAQUELINE CRUZ VEGA, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Santa Marta en contra del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, a fin de obtener de esta jurisdicción las declaraciones que se transcriben a continuación:

- a. Que se declare nulo y sin efectos el inciso quinto de los considerandos y el artículo tercero de la Resolución 361 del 23 de febrero de 2011, expedida por el Secretario Delegatorio con funciones de Alcalde, mediante la cual se declaró la insubsistencia automática de nombramiento de la docente JAQUELINE CRUZ VEGA.
- b. Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro de la actora al cargo de docente de régimen

especial que venía desempeñando o en otro de igual o superior categoría en la planta de cargos y personal docente del Distrito de Santa Marta.

- c. Que igualmente, como restablecimiento del derecho, se ordene al Distrito de Santa Marta, a que pague a la actora JAQUELINE CRUZ VEGA todos los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones sociales, cesantías, intereses de cesantías y demás emolumentos correspondientes al cargo desempeñado, junto con los incrementos legales de acuerdo con el grado del escalafón en que se encuentra inscrito desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrada a su empleo.
- d. Que a título de indemnización de perjuicios se condene a la demandada a reparar el daño material y moral causado a la actora y a su familia, por la desvinculación contenida en el acto administrativo demandado.
- e. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por la actora para todos los efectos legales y prestacionales.

1.2. Hechos relevantes de la demanda

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los hechos que a continuación se resumen:

- a. Que a través de la Oficina Seccional de Escalafón del Departamento del Magdalena, mediante **Resolución No. 1461 del 28 de diciembre de 1989**, se inscribió en el **grado 1** del Escalafón Nacional Docente, a la señora Jaqueline Cruz Vega; siendo posteriormente ascendida al grado 7 del mismo, a través de la Resolución No. 0072 de 25 de enero de 1996; al grado ocho, mediante Res. No. 818 de 30 de marzo de 2007, al grado 9 mediante Res. No. 3177 de 2 de noviembre de 2007 y al grado 10 mediante Res. No. 0835 de 27 de julio de 2009.
- b. Que mediante Resolución No. 0365 de 19 de febrero de 2003, la actora fue vinculada provisionalmente como docente del Distrito de Santa Marta. Añade que el citado Decreto no estuvo condicionado a la superación de un concurso de méritos, puesto que para la época en que la demandante fue nombrada no había reglamentación sobre el sistema de concurso ni existía lista de elegibles.
- c. Que mediante Resolución No. 361 de 23 de febrero de 2011 (acto acusado), el señor Secretario Delegatario con funciones de Alcalde del Distrito de Santa Marta consideró que el empleo ocupado por la actora se encontraba provisto en provisionalidad, y dispuso nombre en periodo de prueba como docente de humanidades y lengua castellana en la Institución Educativa Distrital JOSÉ

LABORDE GNECCO a la señora MARÍA ISABEL TORO CANTILLO, y declarar insubsistente automáticamente el nombramiento provisional de la actora.

d. Que al momento de la insubsistencia automática de la actora, la entidad territorial demandada no ordenó la evaluación médica posocupacional o de egreso de que trata la Res. No. 2346 de junio 11 de 2007, expedida por el Ministerio de la Protección Social, modificada parcialmente por las Res. No. 1918 de junio 05 de 2009.

Igualmente, señaló que con la declaratoria de insubsistencia la accionada encubrió una revocatoria directa, sin contar con la autorización del artículo 73 del CCA, desconociendo la presunción de legalidad que tenía su nombramiento, el cual tenía una antigüedad de ocho (8) años, período dentro del cual la administración guardó silencio. Finalmente manifestó que la actora es madre cabeza de familia, sujeto de especial protección constitucional, y que el acto administrativo que la declaró insubsistente no le fue notificado personalmente.

1.3. Cargos de la demanda

El apoderado del extremo accionante consideró vulneradas las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 125, 209, 356, 357
- Decreto 897 de 1981: Artículo 12
- Decreto Ley 2277 de 1979: Artículos 1, 2, 3, 5, 8, 26, 27, 28, 31, 36 y 48
- Ley 115 de 1994: Artículos 105, 107, 116
- Ley 715 de 2001: Artículos 23, 34, 40
- Decreto 1278 de 2002: Artículos 2, 11, 13, 36
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 8, 44, 45, 63, 69, 73
- Ley 136 de 1994. Artículo 92 y 106
- Decreto 1494 de 2005: Artículos 3 y 4
- Ley 909 de 2004: artículos 3, 55.
- Resolución 2346 de 11 de junio de 2007.

De acuerdo al compendio de normas citadas, el apoderado del extremo activo de la litis señaló que el acto acusado vulneró, a su prohijada, el derecho al trabajo, desvinculándola.

Afirmó que, el acto demandado fue falsamente motivado ya que en su contenido no se invocó causas objetivas que sustentara su retiro y, además, tampoco se mencionan los antecedentes del nombramiento en el que se declaró la insubsistencia.

Además, alegó que el acto acusado no debió surtir efectos hasta tanto quedara en firme, pues, a su juicio, el mismo no fue debidamente notificado, impidiéndole a la actora ejercer sus derechos, esto es, interponer los recursos de ley.

Así mismo indicó que la Resolución 361 del 23 de Febrero de 2011, es nulo por incompetencia material y desviación de poder, habida cuenta su falsa motivación. Lo anterior, por cuanto que el nombramiento de la actora se hizo en provisionalidad, sin que legalmente existiera alguna norma que permitiera realizar, en esa época, nombramientos de esa naturaleza en carrera docente y, en su criterio, no era viable que la administración alegara su propia culpa para justificarse, en tanto que, a partir de la vigencia del Decreto 2277 de 1979, se estableció un Régimen Especial de Educación (carrera docente) para *regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional.*

Aunado a lo anterior, agregó, que con la entrada en vigencia de la CP de 1991, el Régimen Especial de Educación fue modificado, para darle aplicación al artículo 125 superior, en el sentido de complementarla con la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), que en su artículo 105 estableció el sistemas de concurso para seleccionar el personal docente, pero sólo como un sistema de selección y no como un requisito para acceder a la carrera docente.

Sostiene además que la actora fue vinculada al servicio docente estatal con el anterior régimen de carrera docente, esto es, dentro del periodo de transición de la Ley 715 de 2001, encontrándose falsamente motivado el acto acusado por estar sustentado en una norma jurídica que no tiene aplicación para los empleados amparados con el antiguo régimen especial de carrera docente, afectando sus derechos fundamentales; que la actora antes de la expedición de la Resolución de insubsistencia no le fue ordenado el examen médico de retiro, ni se anotó el concepto positivo emitido por el Ministerio de Educación Nacional, con el objeto de dar cumplimiento a los requisitos de que trata el literal b del artículo 3 del Decreto 1494 de 13 de mayo de 2005, sin el cual no se podía desvincularla.

Así las cosas, consideró que el acto administrativo demandado es nulo por falta de motivación.

2. Contestación de la demanda

2.1. Distrito de Santa Marta ¹

En cuanto a los hechos de la demanda, manifestó, en términos generales, que debían probarse.

¹ Folios 45 a 52

Asimismo, señaló que no era cierto que el hecho de que un docente se encuentre escalafonado y gozando de los derechos de un empleado de carrera la garantice que el empleo ejercido lo sea bajo una situación administrativa de propiedad, pues a ésta sólo puede accederse si se ha superado un concurso público de méritos, requisito que no cumplió la demandante y lo que constituyó el motivo de su insubsistencia.

Expone igualmente que no es cierto que con su insubsistencia se haya encubierto una revocatoria directa, pues el acto administrativo de vinculación a la planta de cargos de la actora dispuso su vinculación en provisionalidad y hasta que se proveyera el cargo en periodo de prueba o en propiedad de acuerdo con el listado de elegibles que resultare de un concurso público, condición que se cumplió habida cuenta que su declaratoria de insubsistencia obedeció estrictamente a estas razones y no a ninguna otra, tal y como se desprende de la parte motiva de la Resolución demandada.

Así pues, asevera que en el caso bajo estudio, no existe ninguna prueba de que el demandante, haya superado el concurso de méritos llevado a cabo en el Distrito de Santa Marta, y al no haber participado y mucho menos superado el referido concurso, no puede pretender ser reintegrado a un cargo por mandato constitucional y legal, debe ser proveído mediante un sistema de selección de méritos.

Aduce que a pesar de que el demandante considera que debe motivarse el acto donde se le declara insubsistente, lo cierto es que, dicha decisión se soportó en el hecho de que no se encontraba en lista de elegibles y en consecuencia, se vinculó a quien sí había superado el concurso de méritos. Respecto al punto de omisión en la notificación adecuada del acto atacado, precisa el accionado que la parte resolutive dispone que la decisión adoptada se "comunique", más no se "notifique", siendo así en virtud a que la resolución por la cual se declara insubsistente a un docente se hace bajo los llamados actos condición, los cuales simplemente se comunican y no se notifican por no poner fin a ninguna actuación administrativa y llevan implícito una condición resolutive, en consecuencia, estima, resulta completamente infundado alegar una vulneración cualquier norma constitucional y legal con base en ese argumento. Propuso como excepciones las que denominó "CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE" e "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN".

2.2. María Isabel Toro Cantillo²

Expresa que desconoce los hechos de la demanda, que fue nombrada en periodo de prueba mediante la Resolución No. 361 de 23 de febrero de 2011, y que su nombramiento procedía por haber superado en todas sus etapas el concurso de méritos para acceder a la carrera docente.

² Folios 62 a 64

3. Sentencia apelada ³

Cumplidas cada una de las etapas propias del proceso, la Jueza Primera Administrativa de Descongestión de Santa Marta, en sentencia de fecha 31 de Julio de 2015, negó las súplicas de la demanda.

Como fundamento de la referida decisión, el *a quo* señaló que, las razones, por las cuales la actora fue retirada del cargo, obedecieron a que la señora MARÍA ISABEL TORO CANTILLO superó el concurso de méritos, tal como se motivó en el acto administrativo demandado.

Así mismo, consideró que no le asistían razones al demandante, al señalar que el acto administrativo demandado había desconocido los mandatos constitucionales al desvincularla con una resolución de insubsistencia falsamente motivada, pues, se respetaron las fases de la convocatoria 094 de 2009.

Además, a la señora María Isabel Toro Cantillo se le asignó la plaza que ocupaba la demandante, porque la actora no tenía fuero de estabilidad que le permitiera permanecer en el cargo, pues sólo se encontraba ocupando el cargo de docente en provisionalidad; y que en relación a la condición de ser madre cabeza de hogar, se tiene que no se aportó en el expediente prueba siquiera sumaria que acreditara tal condición, y la calidad de sujeto de especial protección.

Por las razones que anteceden, consideró que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

4. Argumentos de la apelación ⁴

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la accionante interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

El recurrente difiere de la decisión adoptada por el *a quo* porque a su juicio, la sentencia es incongruente por cuanto no desvirtuó la legalidad del acto acusado, y ello fue así, porque prescindió de la prueba legal y necesaria para sustentar su decisión, en razón a que tratándose de un acto administrativo de insubsistencia laboral expedido como consecuencia de una convocatoria a concurso de méritos, deben constar en el expediente los antecedentes administrativos de dicho acto, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 207 numeral 6 del C. C. A., estando conformados dichos antecedentes por la convocatoria a concurso realizada por la CNSC (Acuerdo No. 066 de 2009), la oferta pública general de empleos, la lista de elegibles de básica primaria, la citación a primera, la segunda y tercera audiencia de

³ Folios 174-188

⁴ Folios 190-202

asignación de cargos y la misma audiencia pública, ésta última para conocer el número de cargos provistos en la citada audiencia y su ubicación.

Sostiene igualmente que revisada la Convocatoria No. 094 de 2009, contenida en el citado acuerdo No. 066 del mismo año, se observó que el número de empleos de HUMANIDADES Y LENGUA CASTELLANA convocados a concurso fue de 23, y comparado su número con la oferta pública general de empleos convocados, se puede apreciar que no hubo oferta de empleos para el área de humanidades y lengua castellana en la IED JOSÉ LABORDE GNECCO, institución en la cual se encontraba nombrada provisionalmente la docente accionante. Finalmente, expresa que como quiera que los antecedentes administrativos del acto acusado no fueron aportados al expediente por omisión del operador de justicia, debe revocarse la sentencia para subsanar el error judicial y salvaguardar el derecho a la defensa y debido proceso de los demandantes a efecto de que se analicen las pruebas omitidas y se dicte una sentencia en derecho.

Por lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, para que, en su lugar, conceda lo solicitado en la demanda.

5. Trámites y alegatos en segunda instancia

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Marta, mediante auto de fecha 30 de Septiembre de 2015⁵, concedió el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la litis.

Este Tribunal, mediante auto del 5 de noviembre de 2015 (folio 208), admitió el recurso de apelación y mediante auto de 27 de abril de 2017 (f. 216) ordenó la practica de pruebas en segunda instancia⁶, disponiendo oficiar a la entidad demanda para que en un término de diez días remitiera los antecedentes administrativos de la Resolución 361 del 23 de febrero de 2011. No obstante, por auto de 4 de mayo de 2020, se dejó sin efecto el proveído de 27 de abril de 2017 y se ordenó correr traslado a las partes para alegar, toda vez revisado el expediente, se observó que la documentación requerida había sido allegada al proceso por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y por la tercera con interés directo en el resultado del proceso; piezas procesales que no fueron tachadas de falsa u objetada por parte alguna. (f. 225 a 226).

5.1. Alegaciones

Durante el término de traslado, las partes y la tercera con interés directo en el resultado del proceso guardaron silencio. Igualmente, el agente del Ministerio Público delegado para la Corporación se abstuvo de rendir concepto.

⁵ Folio 203

⁶ Providencia corregida mediante auto del 23 de septiembre de 2015 (folio 347)

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, la Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del 31 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Marta dentro del proceso de la referencia.

2.2. Cuestiones previas

2.2.1. Aplicación del Código de Procedimiento Civil en aspectos no regulados en el Decreto 01 de 1984

El artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, respecto a los aspectos que no regula, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa. A su vez, el inciso cuarto del artículo 87 *ejusdem* dispone que los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contenciosa administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, sea del caso señalar que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012 –CGP–, el cual entró en vigencia en este departamento el 01 de enero de 2014.

En relación con este aspecto, el Consejo de Estado⁷, unificó su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición, las cuales se resolverán con la ley vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

En la providencia en cita se hace alusión al artículo 624 de la ley 1465 de 2012, el cual contiene un régimen de transición que remite a la normativa anterior de la siguiente manera:

“Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

⁷ Consejo de Estado, Auto de 25 de junio de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. Radicación 25000233600020120039501 (49299)

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad" (Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con la norma transcrita se establecen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo.

Por otra parte, la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, mediante auto del 24 de febrero de 2017, con la ponencia de la doctora Martha Nubia Velásquez, precisó que el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reguló lo atinente al régimen de transición y vigencia de este cuerpo normativo respecto de los procesos en curso o iniciados antes del 2 de julio de 2012, los cuales se seguirán rigiendo y culminarán con el régimen jurídico anterior.

Señaló que la expresión "régimen jurídico anterior" a la que hizo alusión el legislador, no se refiere solamente a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, sino que también comprende todas aquellas disposiciones normativas autónomas o complementarias que se encontraban vigentes a la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ende, resultan aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

De ahí que, en este proceso, en los aspectos no regulados en el Código Contencioso Administrativo, también resulten aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, dado que este asunto inició con anterioridad al 2 de julio de 2012.

2.2.2. Validez de las copias simples

El artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, señala:

⁸ Expediente 250002326000200700736-01(37437)

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

En virtud de lo anterior, este Tribunal otorgará mérito probatorio a los documentos aportados en copia simple, siempre que sean pertinentes, conducentes, útiles y no hayan sido tachados de falsos.

2.2.3. Excepciones

Tal como se expresó en precedencia, la parte demandada DISTRITO DE SANTA MARTA propuso como excepciones las que denominó “CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”. Sin embargo, de la lectura del sustento de las mismas, se estima por parte de la Sala que las mismas se identifican más con argumentos defensivos que con medios de impugnación, por lo que se abstendrá de pronunciarse sobre ellas en este momento.

2.3. Problema jurídico

La Sala deberá resolver, en esta oportunidad, si el acto acusado, esto es, la Resolución 361 de 23 de febrero de 2011, por medio del cual la Alcaldía Distrital de Santa Marta hizo un nombramiento en provisionalidad y declaró insubsistente a la demandante, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

2.4. Tesis del Tribunal

Este Tribunal revocará la sentencia apelada, por cuanto el acto administrativo demandado estuvo falsamente motivado, dado que, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 066 de 2009, sólo se ofertaron 23 cargos docentes de Humanidades y Lengua Castellana, entre los cuales, ninguna de estas plazas pertenecía al IED José Laborde Gnecco, institución a la cual prestaba sus servicios la actora.

2.4.1. Jurisprudencia y normatividad que sustentan la tesis

El **Decreto 2279 de 1979** por medio del cual se reguló la carrera especial docente, respecto de los derechos de carrera de los educadores, establece:

“Artículo 27. INGRESO A LA CARRERA. Gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores oficiales que estén inscritos en el escalafón docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo”.
(Subrayas de la Sala).

En ese contexto normativo, para disfrutar y hacer parte de la carrera docente (con todos los beneficios y situaciones favorables a aquellos inscritos en ésta) es menester que el interesado haya sido designado en propiedad y se haya tomado posesión del cargo.

Por su parte la **Ley 114 de 199**, “*por la cual se expide la Ley General de Educación*”, en su artículo 105⁹, estableció la manera en que debía efectuarse la vinculación de los educadores, a saber:

“Artículo 105^o.- Vinculación al servicio educativo estatal. La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por Decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.

“Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, que previo concurso hayan sido relacionados y acrediten los requisitos legales. Los concursos para nombramientos de nuevos docentes serán convocados por los departamentos o distritos, cuando se trate de proveer cargos financiados con el situado fiscal o los recursos propio y por los alcaldes municipales, en el caso de la provisión de vacantes con cargo a recursos de la entidad territorial; lo educadores podrán inscribirse en la entidad territorial convocante y como resultado del proceso saldrá una lista de elegibles, la cual corresponderá al número de plazas o cupos para proveer en cada municipio. El Ministerio de Educación Nacional, por intermedio del Instituto Colombiano para el fomento de la Educación Superior ICFES, establecerá un sistema para celebrar los concursos, de tal manera que se asegure la total imparcialidad.

“No obstante lo anterior, si realizado el concurso, alguno de los que figura en la lista de elegibles no acepta el cargo, podrá el nominador nombrar al que haya obtenido el puntaje más alto entre los que aprobaron el concurso.

“Igualmente, si el concurso debidamente celebrado se declara desierto, se podrán nombrar docentes y directivos docentes, sin necesidad del requisito del concurso, para proveer vacantes o nuevas plazas ubicadas en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad, o cuando se trate de los contratos celebrados en desarrollo de los artículos 8 de la Ley 60 de 1993 y 200 de la Ley 115 de 1994. (...) (Subrayas del Despacho)

A su vez, la **Ley 715 de 2001**, estableció normas orgánicas en punto a la asignación de recursos por parte del Gobierno Nacional; pero igualmente reglamentó en ciertos aspectos la prestación de los servicios educativos, entre otros.

⁹ Esta norma fue modificada por el artículo 129 del Decreto 2150 de 1995, y posteriormente su tercer inciso y el párrafo primero fueron derogados por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

En lo atinente a la vinculación de los docentes, el compendio normativo en cita realizó las siguientes precisiones:

“Artículo 7º. Competencias de los distritos y los municipios certificados.

7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.

(...)

7.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones asignado a la respectiva entidad territorial y trasladará docentes entre instituciones educativas, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.

7.4. Distribuir entre las instituciones educativas los docentes y la planta de cargos, de acuerdo con las necesidades del servicio entendida como población atendida y por atender en condiciones de eficiencia, siguiendo la regulación nacional sobre la materia.

(...)

Tal como se expuso, la citada normativa confirió a las entidades territoriales certificadas la competencia de administrar el personal docente, estableciendo para ello que debían acudir a concursos de méritos para regular el ingreso al servicio, siempre bajo las limitaciones impuestas por la planta de cargos y el monto de los recursos recibidos a través del Sistema General de Participaciones.

Por su parte, los artículos 34 y 38 de la norma traída a colación, aclaran la situación de aquellos docentes y directivos docentes que venían laborando con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2001. Al respecto, los cánones citados establecen:

“Artículo 34. Incorporación a las plantas. Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios.

“Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad.

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

(...)

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

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

“A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.

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

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

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

“**Parágrafo 1º.** Para los efectos del presente artículo los servidores públicos que realicen funciones de celaduría y aseo se consideran funcionarios administrativos.

“**Parágrafo 2º.** Para los efectos de la presente ley se entiende por orden de prestación de servicios toda relación contractual directa entre un departamento o municipio y un

docente o administrativo para la prestación de servicios de enseñanza o administrativos en una institución educativa oficial, por un término no inferior a cuatro meses, con dedicación de tiempo completo, exceptuando los que se nombran o contratan para reemplazar docentes, directivos docentes o administrativos en licencia, horas cátedra y otra modalidad que no implique vinculación de tiempo completo”.

Tal como se observa, la Ley 715 de 2001 dispuso una protección especial para aquellos docentes que se encontraban vinculados al servicio educativo por contratos de prestación de servicios; pues con el ánimo de no perjudicar la prestación del servicio, ordenó su vinculación en provisionalidad de forma temporal, durante el año lectivo 2002, estableciendo como presupuestos para tal fin el cumplimiento y verificación de requisitos para el cargo, y que sus contratos no hubieren sido suprimidos con ocasión de una eventual reorganización administrativa.

Finalmente, el **Decreto Ley 1278 de 2002** fue expedido con el fin de mejorar las condiciones de prestación del servicio educativo, en el sentido de propender por una enseñanza impartida por profesionales en la disciplina o materias asignadas, o que, con ocasión de su formación técnica o profesional, tuvieran amplios conocimientos en las asignaturas relacionadas con la plaza docente que pretendían ocupar. Igualmente, planteó, de forma categórica, el carácter del proceso meritocrático como mecanismo general, y por excelencia, para el ingreso al servicio.

En punto, el Decreto Ley en su artículo 9° dispone:

“Artículo 9°. Etapas del concurso para ingresar al servicio educativo estatal. Cuando no exista listado de elegibles respectivo, la entidad territorial certificada convocará a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, y tendrá las siguientes etapas:

“a) Convocatoria;

“b) Inscripciones y presentación de la documentación;

“c) Verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas;

“d) Selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas.

“Tiene por objeto la escogencia de los aspirantes más idóneos que harán parte del correspondiente listado de elegibles;

“e) Publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas;

“f) Aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes;

“g) Clasificación. Tiene por objeto establecer el orden en el listado de elegibles, según el mérito de cada concursante elegible, asignando a cada uno un lugar dentro del listado para cada clase de cargo, nivel y área del conocimiento o de formación, para lo

cual se tendrán en cuenta los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas; la prueba psicotécnica; la entrevista y la valoración de antecedentes. Para los directivos se calificarán los títulos de postgrado relacionados con las funciones del cargo y la experiencia adicional;

"h) Publicación de resultados;

"i) Listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos.

"Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará de manera general el contenido y los procedimientos de cada una de las etapas del concurso, la elaboración de las pruebas de selección y señalará los puntajes correspondientes para la selección y clasificación, determinando cuáles de ellas admiten recursos y su procedimiento.

(...)

"Artículo 11. *Provisión de cargos.* Cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo con quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles del concurso. Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehúse el nombramiento será excluido del correspondiente listado.

"Parágrafo. Los listados de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años, contados a partir de su publicación.

"Artículo 12. *Nombramiento en período de prueba.* La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses.

"Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en período de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

"Parágrafo 1º. Los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, deben acreditar, al término del período de prueba, que cursan o han terminado un postgrado en educación, o que han realizado un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

"Parágrafo 2º. Quienes no superen el período de prueba serán separados del servicio, pudiéndose presentar de nuevo a concurso cuando haya otra convocatoria.

"Artículo 13. *Nombramientos provisionales.* Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguientes casos:

"a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá

hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;

"b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

"Parágrafo. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

"Para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto".

(...)

"Artículo 18. Ingreso a la carrera. Gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores estatales que sean seleccionados mediante concurso, superen satisfactoriamente el período de prueba, y sean inscritos en el Escalafón Docente".

Así las cosas, de acuerdo a lo reseñado en precedencia, el Decreto Ley en cita estableció con absoluta claridad que, de forma general, el ingreso a la Carrera Docente se realiza a través de la superación de un proceso meritocrático, al cabo del cual debe nombrarse al futuro docente en periodo de prueba y, posteriormente, una vez culminado de forma satisfactoria dicho lapso, se vincula al educador en propiedad.

Por otra parte, el mismo compendio normativo establece como forma extraordinaria del ingreso al servicio el nombramiento en provisionalidad, el cual es de índole temporal, estableciendo en estos casos que la vinculación se realiza por el tiempo que dure la situación administrativa de separación temporal (vg. Suspensiones) o en caso de vacantes definitivas, hasta que se provea el cargo en periodo de prueba o en propiedad, producto de la lista de elegibles.

2.5. Caso concreto

De acuerdo a lo expuesto en párrafos que preceden, en el sub-lite se pretende la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Jaqueline Cruz Vega del cargo de docente, el cual, a juicio del actor se encuentra viciado de nulidad.

En ese orden, para efectos metodológicos se abordará el asunto que copa la atención de la Sala, en los siguientes términos: *i)* Situación legal de los docentes provisionales; *ii)* Del nombramiento provisional del actor y su declaratoria de insubsistencia. *iii)* De la falsa motivación.

i) Situación legal de los docentes provisionales

Tal como se expuso en precedencia, desde el Decreto 2272 de 1979, el Ejecutivo planteó como requisito para el reconocimiento de los derechos y garantías del régimen especial de carrera docente la vinculación en propiedad en el cargo, con su consecuencial posesión; y posteriormente, con la expedición de la Ley 115 de 1994, se aclaró que la vinculación del personal docente, directivo docente y administrativo al servicio público educativo estatal, solo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto, dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial, a aquellos que previo concurso hayan sido seleccionados y acreditaran los requisitos legales.

La evolución legislativa del tema en mención trajo la promulgación de la Ley 712 de 2001, por medio de la cual se concedió la facultad a las entidades territoriales certificadas de administrar la planta de personal educativa en su jurisdicción, y se consagró una vinculación provisional de índole temporal por un año, contado a partir de la entrada en vigencia de la citada ley para aquellos docentes que se encontraran prestando el servicio educativo a través de contratos, exceptuando aquellos casos en los cuales los mismos habían sido suprimidos por cuenta de mecanismos administrativos tales como las reorganizaciones del servicio educativo o de la entidad territorial.

Posteriormente, la carrera docente vendría a ser regulada por el Decreto 1278 de 2002, el cual rige para aquellas personas vinculadas a partir de su vigencia (20 de junio de 2002). Este Decreto Ley, se itera, estableció los procedimientos para el acceso a la carrera docente, entronizando al sistema meritocrático como la forma general de inserción laboral para la prestación de este servicio público. Empero, dispuso con claridad las limitaciones de los nombramientos provisionales, en las dos situaciones administrativas en las cuales podían surtirse los cargos docentes: Las vacancias temporales y las vacancias definitivas; prescribiendo, en el primer caso, que las vinculaciones en provisionalidad se extenderían hasta la terminación de la anormalidad que generó la vacancia temporal (vg. Suspensiones del cargo); o hasta cuando se proveyera el cargo a través del concurso o que se nombrara en periodo de prueba.

No obstante, la sentencia C-314 de 2007 de la Corte Constitucional analizó la posibilidad de materialización de derechos adquiridos en la carrera docente para quienes se vincularon antes de la expedición del Decreto 1278 de 2002. En ese sentido, la Alta Corporación expresó:

“Los derechos adquiridos que pudieran invocarse por quienes se vincularon antes de la expedición del Decreto Ley 1278 de 2002 a la carrera docente lo son solo respecto del régimen establecido en el Decreto Ley 2277 de 1979 y ello en cuanto se hubieran cumplido los requisitos en él establecidos. En manera alguna pueden predicarse

respecto del régimen nuevo establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002 que solo se aplica a quienes pretendan vincularse al servicio docente después de su vigencia, o a quienes habiéndose vinculado al servicio docente antes quieran voluntariamente ser cobijados por ese nuevo régimen, obviamente cumpliendo los requisitos que en él se señalan. Mal puede entonces afirmarse que la definición de escalafón docente y la estructura fijada en los artículos acusados vulnera de alguna manera los derechos adquiridos o establezca un tratamiento discriminatorio para los docentes regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979”.

De acuerdo al extracto jurisprudencial traído a colación, resulta pertinente expresar que aquellos docentes, vinculados bajo los parámetros del Decreto Ley 2277 de 1979, podrían invocar derechos adquiridos pero si hubieren cumplido los requisitos en él establecidos, esto es, las tres exigencias planteadas en líneas anteriores, como lo son: (a) Ser educador oficial inscrito en el escalafón docente; (b) Ser designado para un cargo docente en propiedad; y, (c) Tomar posesión del mismo.

ii) Del nombramiento provisional del actor y su declaratoria de insubsistencia

Revisado el plenario, se encuentra que la actora fue vinculada al servicio educativo en provisionalidad mediante la Resolución 0365 de 19 de febrero de 2003, fue nombrada en provisionalidad como docente, hasta que se proveyera el cargo en periodo de prueba o en propiedad, de acuerdo a listados de elegibles producto del concurso, siendo ubicada en la IED José Laborde Gnecco.

En ese orden de ideas, para la Sala no existe ninguna duda que la vinculación de la actora lo fue en provisionalidad, como quiera que para ese tiempo no había sido reglamentado el sistema de concurso para proveer cargos ni existía listado de elegibles.

Ello supone que el argumento planteado por el actor, en el sentido de que debieron respetarse los derechos adquiridos que afirma se habían consolidado, con ocasión de la existencia de su vinculación al servicio docente bajo el Decreto Ley 2277 de 1979 y de su inscripción al Escalafón Nacional Docente de la época, no puede ser de recibo para esta Sala, pues, en el caso particular, sólo se cumplía el primero de los requisitos establecidos en dicha norma, los cuales fueron traídos a colación en la sentencia de la Corte Constitucional C-314 de 2007, esto es, la inscripción al escalafón docente, sin que exista un nombramiento en propiedad y de su respectiva posesión.

Hasta aquí, vale la pena señalar que el acto de nombramiento de la actora expone claramente que tal designación se había hecho en provisionalidad por cuanto la lista de elegibles, de aquella época, se había agotado, por ende, ello suponía que al convocarse un nuevo concurso para la provisión de cargos, propiamente el que ocupaba la señora Jaqueline Cruz Vega, automáticamente debía ser provisto en propiedad.

En ese orden, la Sala estima que el acto acusado, en principio, se encontraba motivado, en el sentido de que una vez se procediera al nombramiento en periodo de prueba de María Isabel Toro Cantillo, quien, además de haber superado todo el proceso meritocrático, se encontraba en lista de elegibles, por ende, se debía dar por terminado el nombramiento provisional de la actora, al tenor de lo dispuesto en la norma aplicable, esto es, el Decreto Ley 1278 de 2002.

iii) De la falsa motivación

El recurrente alude que el acto administrativo se encuentra viciado por falsa motivación por las siguientes razones: a) Por inexistencia de la motivación, por cuanto no manifiesta las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emisión ni la fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración pretende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y b) Que el cargo desempeñado por la actora no fue convocado a concurso, siéndolo únicamente veintitrés (23) vacantes, sin incluir la ocupada en provisionalidad por la actora.

En ese orden, se analizarán de forma individual los argumentos que sustentan la falsa motivación alegada por el actor.

a. Inexistencia de la motivación del acto acusado.

Tal como se expuso en precedencia, el demandante manifiesta que la Resolución 361 de 23 de febrero de 2011, que ordenó su insubsistencia, adolece de motivación, por cuanto no manifiesta las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emisión ni la fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración pretende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada.

Al respecto, es pertinente anotar que el Decreto 01 de 1984 establece que los actos administrativos deben contar con su debida motivación, con el objeto de permitirle al administrado establecer las razones jurídicas y fácticas con las cuales se fundamenta el pronunciamiento que resuelve su solicitud; para que, en caso de tenerlo a bien, pueda impugnarlo en forma oportuna, en tratándose de peticiones interpuestas en interés particular, y de ser procedente.

En ese orden, el compendio que regula lo contencioso administrativo, aplicable a esta contención, en punto al tema de la motivación, dispone:

“ARTICULO 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

"En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

"Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay".

(...)

De acuerdo a lo expuesto, el Decreto 01 de 1984 estableció con claridad que la motivación, por regla general, es requisito sine qua non de los actos administrativos, en especial en tratándose de aquellos de carácter particular y concreto.

Por su parte, el Consejo de Estado, a través de unificada jurisprudencia, ha establecido que los actos administrativos que dispongan el retiro del servicio de empleados que se encuentren ocupando cargos de carrera a través de una vinculación de orden provisional, deben motivarse debidamente, por cuanto el ejercicio de la facultad discrecional del nominador en estos casos se encuentra limitada de forma exclusiva a aquellos cargos de libre nombramiento y remoción, en los cuales se considera que los movimientos de personal se encuentran atados, entre otras razones, a la confianza y lo delicado del manejo de las asuntos derivados del cargo.

En ese orden, es preciso traer a colación el siguiente extracto jurisprudencial, que en lo atinente al tema en comento expone:

"Los nombramientos y el retiro de los provisionales en la jurisprudencia.

"Hacia el año 2003 la Sala Plena de la Sección Segunda unificó la posición jurisprudencial en tratándose de la insubsistencia de provisionales, toda vez que la Subsección "A" consideraba que los servidores que se encontraban nombrados en provisionalidad debían ser desvinculados mediante acto administrativo motivado y por el contrario la Subsección "B" sostenía que estaban sujetos a la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. La posición fue consolidada en torno a la última tesis mediante la Sentencia de 13 de marzo, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

"La misma decisión fue reiterada por la Sala Plena de la Sección Segunda, luego de un estudio esquemático y cronológico de toda la regulación legal alrededor de la figura de los provisionales, mediante sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), expediente No. Interno 0319-08, Actor: Aura Alicia Pedraza Villamarín C/ Escuela Superior De Administración Pública -Esap.

"El 23 de septiembre de 2010, con ponencia de este Despacho, la misma Sala Plena de la Sección Segunda, precisó en el radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoz Miranda, el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, respecto del acto de retiro de los provisionales así:

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

“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”.¹⁰

De la jurisprudencia traída a colación, se itera, que es imprescindible motivar los actos de retiro de los empleados, exceptuando aquellos en los cuales el cargo desempeñado era de libre nombramiento y remoción, sin distinción de la clase de carrera administrativa a la que pertenecen, con el objeto de respetar el debido proceso de las personas separadas de sus cargos.

Ahora bien, analizado el acto acusado, se encuentra que dentro de sus consideraciones, se avizora que el mismo deviene del hecho de que la señora María Isabel Toro Cantillo superó el concurso de méritos adelantado con ocasión de la Convocatoria No. 094 de 2009, integrando la lista de elegibles en la posición No. 29 (folio 76); que se realizó la correspondiente audiencia pública de escogencia de institución educativa, y que la señora Jaqueline Cruz Vega, se encontraba ocupando el cargo de Docente de Humanidades: Lengua Castellana en la IED José Laborde Gnecco; y cita como fundamento de la decisión la Sentencia T-007 de 2008, en relación con la estabilidad precaria de los empleados que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de fecha 18 de marzo de 2015. Rad. No. 25000232500020060268002 (2698-11). Actora: Flor Margy Malagón Ortiz. Demandado: Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la vinculación de la señora Cruz Vega era carácter provisional, la misma se encontraba supeditada a la provisión del cargo que ocupaba a través del nombramiento en periodo de prueba del o de la docente que superara el concurso de méritos y que, por consiguiente, se encontrara en lista de elegibles, para la Sala el argumento en estudio carece de vocación de prosperidad, pues como se relacionó anteriormente, el acto acusado se encuentra debidamente sustentado, lo cual deja fuera de discusión la falta de motivación alegada.

b. De la falta de convocatoria a concurso del cargo desempeñado por la actora

El apoderado del extremo actor plantea como argumento que el cargo desempeñado por su mandataria **no se ofertó**, pues contrastadas las vacantes ofrecidas, en parte alguna de dicho listado se observa que se encontrara la desempeñada por la actora en la IED José Laborde Gnecco; e igualmente, sostiene que como quiera que las vacantes convocadas sólo fueron 23, lo pertinente era, que una vez cubiertas dichas plazas, hasta allí se mantuviera el proceso de nombramiento, en virtud de que para nombrar a otro docente que viniera en la lista en una posición que no le permitiera acceder a uno de los 23 cargos convocados, los primeros debían renunciar o manifestar que no tenía deseo de ocuparlos, circunstancia que no se presenta en el caso en concreto, puesto que el ente demandado nombró a una docente que ocupó el puesto No. 29.

Para resolver, la Sala estima menester efectuar un estudio al Acuerdo No. 066 del 25 de marzo de 2009 (fls.480-492), la cual en su artículo 8° (modificado por el artículo 10° del Decreto 097 de 2009, señala como empleos convocados en humanidades y lengua castellana veintitrés (23) vacantes. (f. 122 y 127)

En ese contexto, es claro que para el Nivel Básica Secundaria y Media, en el área de Humanidades y Lengua Castellana, fueron convocados **veintitrés (23)** cargos. A su vez, el artículo 42 del Acuerdo 066 en cita estableció que las listas de elegibles tendrían validez para los empleos convocados.

Ahora bien, cotejado el citado acuerdo mencionado con la oferta pública de empleos de carrera docente "OPEC Docentes" para la Convocatoria 2009 (fl.69-74) se puede comprobar que la plaza que ocupaba la señora JAQUELINE CRUZ VEGA, no fue publicada.

En este orden, se desprende del acto administrativo atacado "*Que una vez cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución 839 del 24 de febrero de 2010 y modificada según Resolución 1755 del 1 de mayo de 2010 por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer empleos de Docentes de Humanidades y Lengua Castellana en las instituciones educativas oficiales de la entidad territorial certificada en educación del Distrito de Santa Marta*

“Que el artículo primero de la citada Resolución establece que en la lista de elegibles conformada en dicha área el señor(a) TORO CANTILLO MARÍA ISABEL ocupa la posición No. 29. (...) Que una vez efectuada la audiencia pública de escogencia de institución educativa, por parte de cada uno de los elegibles o la asignación de plaza para quienes no se hicieron presente a esta, se hace necesario realizar los nombramientos en periodo de prueba.

“Que en la actualidad, el citado empleo está nombrado con carácter provisional el (la) señor(a) CRUZ VEGA JAQUELINE”.

Esto quiere decir, que se agotaron las 23 plazas convocadas para el área de Humanidades - Lengua Castellana, por parte de los aspirantes que conformaban la lista de elegibles, sin que se incluyera la IED José Laborde Gnecco, por ende, la señora MARÍA ISABEL TORO CANTILLO jamás debió ser nombrado en un cargo que quedó vacante después de haberse proveído las primeras 23 plazas, cuáles fueron las únicas convocadas por el Acuerdo 066 plurimencionado, toda vez que se suplieron en su totalidad los cargos convocados en el área de humanidades y lengua castellana, circunstancia ésta que una vez se encuentra surtida, no permite la procedencia de nombramientos luego de haberse ocupado el número de plazas consagradas en el acuerdo, habida cuenta que se ocupó debidamente la cantidad por la cual se abrió la convocatoria.

En consecuencia, le asiste razón al apoderado del extremo accionante en afirmar que el cargo que ocupaba su prohijada no debía ser otorgado a la señora MARÍA ISABEL TORO CANTILLO, lo que permite señalar que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación.

Resulta imperioso traer a colación la imposibilidad de hacer uso de las listas de elegibles para la provisión de cargos que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria, de acuerdo a lo expuesto por el máximo Tribunal de lo Constitucional, el cual se ha referido al tema en los siguientes términos:

“Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados.

“Tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 “Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo (pues) carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo”.

“Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

“En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

“Es importante señalar que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **el de las plazas a proveer**. El segundo, que, durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **sólo** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados”.¹¹

Dicha postura fue prohijada por el Consejo de Estado, a través de sentencia de fecha 12 de mayo de 2014¹², en la cual señaló:

“La Sala debe precisar que si bien la vinculación de la demandante en el empleo de Fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito de Ibagué era en provisionalidad, también lo es que la motivación del acto que la desvinculó se torna falsa, en cuanto si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la Convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación”.

Sustentado en las anteriores consideraciones, y de acuerdo a los precedentes traídos a colación, para la Sala resulta claro que el acto administrativo objeto de la censura, esto es, la Resolución No. 361 del 23 de febrero de 2011, por medio de la cual se le declaró insubsistente a la actora, se encuentra falsamente motivado, en atención a que, tal como lo señala la jurisprudencia citada en líneas anteriores, si bien, se estaba haciendo uso de la lista de elegibles, derivada de un proceso de meritocracia, dicha lista no fue conformada con el objeto de proveer el cargo que el

¹¹ Sentencia T-892 de 2012.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. No. 73001-23-31-000-2010-00706-01 (1769-13).

demandante desempeñaba, toda vez que el mismo JAMÁS fue ofertado para la convocatoria en cita; lo que supone que deba declararse la nulidad parcial del acto acusado, y que la actora pueda ser acreedora al restablecimiento de su derecho.

Del restablecimiento del derecho.

Dilucidado que los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, lo procedente es resolver sobre el restablecimiento del derecho que le asiste a la actora. Así las cosas, en primer lugar, debe ordenarse el reintegro de la accionante, JAQUELINE CRUZ VEGA, en las mismas condiciones (provisionalidad) a las que se encontraba antes del retiro, al cargo de docente de Humanidades: Lengua Castellana, con un salario equivalente a su grado de escalafón, o en un cargo de igual o superior categoría; encontrándose supeditado dicho reintegro a que el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos; que no hubiere sido suprimido, o el respectivo servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

En punto a la indemnización que se concederá a título de restablecimiento del derecho por la insubsistencia de la actora, es preciso recordar que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-556 de 24 de julio de 2014, respecto de este tópico expresó que la misma debía limitarse al monto 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 fuera inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Como sustento de esta decisión, el Máximo Tribunal de lo Constitucional manifestó:

"3.6.10.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio

sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

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

(...)

“3.6.3.13. Encuentra la Corte que, para el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, es decir, para el caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, no es posible acudir a los criterios antes señalados, principalmente, porque no existe previsión legal expresa que los cobije, y, por las particularidades que identifican tal situación, no es posible dar aplicación a la analogía legis. Sin embargo, retomando los avances jurisprudenciales a los que se ha hecho expresa alusión, es posible acudir a una fórmula en la que el valor de la indemnización se aproxime lo más posible al daño efectivamente sufrido por la persona.

“3.6.3.13.1. En efecto, como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional ha venido evolucionando en la dirección de vincular el monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación, con el daño efectivamente sufrido por éste. Dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

De acuerdo al precedente constitucional traído a colación, resulta adecuado descontar de la indemnización a reconocer en casos de insubsistencia sin motivación lo recibido por el demandante por conceptos laborales en otros empleos, toda vez que el fin último de esta modalidad del restablecimiento del derecho se encuentra orientado a resarcir el daño efectivamente sufrido, que se relaciona específicamente con el menoscabo a su peculio, derivado de su situación como cesante, la cual obtiene una solución de continuidad al momento de reincorporarse a una actividad productiva, sin distinción del carácter de público o privado de su empleador.

En lo atinente al *quantum* de la indemnización en comento, según el máximo Colegiado ésta se limitó a los parámetros establecidos con el objeto de obtener una reparación justa a la expectativa de continuidad en el empleo generada en el demandante, que se ve truncada por el hecho mismo de la insubsistencia, y fijándose, para tal fin, los topes citados, derivados del término descrito en la Ley 909 de 2004 para las vinculaciones provisionales (mínimo); y de acuerdo a los estándares internacionales desarrollados en estudios que analizaban el desempeño de larga duración, en tratándose del máximo.¹³

Así las cosas, la Sala estima que, dado que a la calenda de emisión de la sentencia objeto de la censura ya se había incluso reiterado la postura jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 556 de 2014; y en atención a que la vinculación del actor era de orden provisional, resulta procedente prohiar el precedente traído a colación; y en tal sentido, se ordenará que la indemnización concedida con ocasión de su insubsistencia sin motivación, deberá ser un monto equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de

¹³ Tal posición fue reiterada por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-054 de 2015; y posteriormente, mediante la sentencia SU-354 de 25 de mayo de 2017, la misma Corte Constitucional precisó que los topes indemnizatorios fijados en la sentencia SU-556 de 26 de julio de 2014 no resultaban aplicables para reintegros de empleados vinculados en propiedad, pues fue una subregla establecida por la naturaleza propia de los cargos de provisionalidad.

la sentencia, descontando del mismo las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Las sumas cuyo reconocimiento se ordena, deberán ser pagadas debidamente indexadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., y atendiendo a la fórmula siguiente:

$$Vp = Vh \frac{If}{Ii}$$

En el cual el Valor Presente (VP) se determina multiplicando el valor histórico (VH) por el guarismo resultante de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en el que cobre ejecutoria esta providencia) entre el índice inicial, correspondiente al índice de precios al consumidor vigente al último día del mes en el que debió haberse pagado la prestación.

En cuanto a las demás pretensiones solicitadas por el actor, esto es, el reconocimiento de perjuicios materiales y morales; la Sala los denegará, en atención a que, con relación a los primeros, los mismos se encuentran cubiertos con la indemnización que se ordena en líneas anteriores, y respecto de los perjuicios morales, los mismos no fueron demostrados dentro del proceso.

Colofón de lo anterior, la Sala revocará la sentencia objeto de alzada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 361 de 2011, en punto a la declaratoria de insubsistencia del actor, expedida por el señor Secretario Delegatario con funciones de Alcalde Distrital de Santa Marta.

En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se dispondrá ordenar el reintegro de la señora Jaqueline Cruz Vega al cargo de docente de Humanidades – Lengua Castellana en las mismas condiciones (provisionalidad) a las que se encontraba antes del retiro, o en un cargo de igual o superior categoría, con un salario equivalente a su grado de escalafón; precisando que el reintegro sólo procederá en el evento en que el cargo específicamente desempeñado antes del retiro **no** haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos; que **no** hubiere sido suprimido, o el respectivo servidor desvinculado **no** haya llegado a la edad de retiro forzoso.

Igualmente, se ordenará al Distrito de Santa Marta que ordene y reconozca el pago de una indemnización con ocasión de su insubsistencia sin motivación, en un monto equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando del mismo las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la señora Jaqueline Cruz Vega, sin que la suma a pagar por indemnización pueda exceder de

veinticuatro (24) meses de salario o hasta que se haya provisto el cargo mediante el concurso de méritos, lo que haya ocurrido primero. Lo anterior, en obediencia del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en sentencias SU-556 de 2014, SU-053 y SU-054 de 2015.

2.6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas en la instancia, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Magdalena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: Revocar la sentencia de fecha 31 de Julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Santa Marta, por medio de la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Segundo: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 361 del 23 de febrero de 2011, expedida por el Alcalde Distrital de Santa Marta, por medio del cual se declaró insubsistente automáticamente el nombramiento de la docente JAQUELINE CRUZ VEGA, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho ordénese a la entidad demandada Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta:

- Que reintegre, en provisionalidad, a la señora **Jacqueline Cruz Vega**, al cargo de docente de Humanidades-Lengua Castellana, o en un cargo de igual categoría, con un salario equivalente a su grado de escalafón; precisando que el reintegro sólo procederá en el evento en que el cargo específicamente desempeñado antes del retiro **no haya sido** provisto mediante el sistema de concurso de méritos; que **no** hubiere sido suprimido, o el respectivo servidor desvinculado **no** haya llegado a la edad de retiro forzoso.
- **Que reconozca y pague, a favor** de la señora Jaqueline Cruz Vega, una indemnización, con ocasión de su insubsistencia sin motivación, en un monto equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando del mismo las sumas que por

cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, sin que la suma a pagar por indemnización pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario o hasta que se haya provisto el cargo mediante el concurso de méritos, lo que haya ocurrido primero. Lo anterior, en obediencia del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en sentencias SU-556 de 2014, SU-053 y SU-054 de 2015.

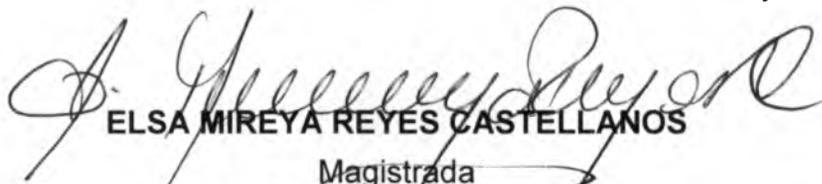
Dichas sumas deberán ser pagadas por la entidad demandada debidamente indexadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., y atendiendo a la fórmula $V_p = V_h \times \text{Índice Final} / \text{Índice Inicial}$, en el cual el Valor Presente (VP) se determina multiplicando el valor histórico (VH) por el guarismo resultante de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en el que cobre ejecutoria esta providencia) entre el índice inicial, correspondiente al índice de precios al consumidor vigente al último día del mes en el que debió haberse pagado la prestación; y con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, dichas sumas devengarán intereses de mora.

Cuarto. Aclarar que, para todos los efectos legales, el reintegro al cargo que venía desempeñando la demandante, opera sin solución de continuidad y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir deberá hacerse desde la desvinculación, sin que pueda exceder del tope establecido en el ordinal quinto de este proveído o hasta la fecha en que el cargo se haya proveído por el sistema de carrera si tal situación aconteció.

Quinto. Sin condena en costas en esta instancia.

Sexto. Realícense las anotaciones de rigor en el Sistema WEB-TYBA, y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada


ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado


MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada