



Tribunal Administrativo del Magdalena
Despacho 004

Santa Marta, catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: Dra. Elsa Mireya Reyes Castellanos

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Insubsistencia Automática	
47001-3331-752-02-2013-00480-01 ¹	
Demandante	Sandra Milena Curvelo Rodríguez
Demandado	Distrito de Santa Marta
Instancia	Segunda

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del extremo accionante contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Santa Marta, por medio de la cual negó a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda:

La señora **Sandra Milena Curvelo Rodríguez**, por conducto de apoderado judicial, incoó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan:

1.1. Pretensiones

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1.525 del 1° de julio de 2011, expedida por el entonces alcalde de Santa Marta, por

¹ El proceso inicialmente correspondió al Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta en el que se le designó el número 2012-00054-00, pero con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, dicho despacho ingresó a la oralidad y remitió el expediente al Juzgado Cuarto del mismo distrito judicial (2012-00337) y, este a su vez lo envió al Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta y se radicó con el número 002-2013-00480-00. Posteriormente se remitió al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión correspondiendo el número de radicado que se referencia.

medio de la cual se declaró la insubsistencia automática del nombramiento, en el cargo de docente, de la señora Sandra Milena Curvelo Rodríguez.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Se ordene el reintegro, sin solución de continuidad, de la demandante, y la reubicación a un cargo acorde con su discapacidad funcional, en la planta de cargos y de personal de docente del Distrito de Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta hasta la fecha en que se le otorgue su pensión de invalidez o vejez.
- Se condene a la demandada al pago de todos los salarios, horas extras, primas, vacaciones, dotaciones, subsidio familiar, bonificaciones, cesantías e intereses de cesantías y demás emolumentos correspondientes al cargo desempeñado, así como los incrementos legales desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrada en forma definitiva.

Conforme a lo anterior solicitó que, a título de indemnización de perjuicios, se ordene a la demandada a reparar el daño material y moral, causado a la demandante.

Así mismo, pidió que se condenara a la demandada a pagar, a favor de la accionante, la indemnización moratoria.

Además, requirió que se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios para todos los efectos legales y prestacionales de la demandante. Finalmente, adujo que las sumas reconocidas deben ser indexadas y pagadas conforme lo indican los artículos 177 y 178 del CCA.

1.2. Hechos²

Adujo que el Ministerio de Educación Nacional, propiamente la Oficina Nacional de Escalafón, mediante **Resolución número 2417 del 24 de octubre de 1996**, resolvió inscribir³, en el **grado 1** del Escalafón Nacional Docente de conformidad

² Folios 2-4

³ Se extrae de la Resolución 2337 de 2010. Folio 31

con el decreto 2277 de 1979, a la señora Sandra Milena Curvelo Rodríguez y, mediante Resolución 2337 del 2 de noviembre de 2000, la ascendieron al **grado 2⁴**.

Relató que, mediante Resolución No. **0549 de 12 de marzo de 2003⁵**, expedida por el Secretario de Educación Distrital, la accionante fue nombrada en provisionalidad para ocupar un cargo de docente en el Distrito de Santa Marta y se posesionó mediante acta número 222 del 14 de marzo de 2003⁶.

Indicó que, la alcaldía distrital de Santa Marta, mediante la Resolución No. 593 del 24 de junio de 2005 resolvió dar por terminada la vinculación provisional de la demandante (folio 35-36), sin embargo, con ocasión a un fallo de tutela, mediante Resolución 009 del 16 de enero de 2006, la vinculó transitoriamente hasta tanto incoara la acción procedente, esto es, por el término de 4 meses, decisión que fue modificada mediante la Resolución 950 del 6 de julio de 2006 (folios 42-43), en el sentido de que la accionante debía permanecer en el cargo hasta tanto la autoridad judicial se pronunciara sobre su estabilidad laboral, respecto de la acción ordinaria incoada.

Agregó que:

"Mediante decreto 3982 de 2006 el gobierno nacional reglamentó el decreto-ley 1278 de 19 de junio de 2002 que creó el nuevo estatuto de profesionalización docente y mediante ese decreto reglamentario estableció la forma de realizar los concursos de acceso a dicho régimen especial de carrera docente, sin haber reglamentado el proceso de ASIMILACION VOLUNTARIA dejando por fuera de ella a los docentes escalafonados, regulados por el anterior régimen de carrera de que trata el decreto 2277 de 1979. Para la aplicación del concurso dicho decreto reglamentario dispuso en el artículo 40, que antes de la convocatoria, cada entidad territorial debería haber establecido PREVIAMENTE los cargos vacantes definitivos de las nuevas plantas de que trata el artículo 37 de la ley 715 de 2001, incluyendo los provistos por nombramientos provisionales de acuerdo con el decreto 3020 de 2002 y el decreto 1494 de 2005. La aplicación del concurso le correspondió realizarlo a la Comisión Nacional de Servicio Civil de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 numeral 2 y artículo 4 numeral 3 de la ley 909 de 2004, en concordancia con las Sentencias de Constitucionalidad C-1230 de 2005 y C-175 de 2006.

En el distrito de Santa Marta NO SE PUBLICÓ ningún decreto que permitiera conocer la nueva planta de cargos docentes de que trata la ley 715 de 2001 ni su organización por niveles, ciclos y áreas, y tampoco se conoce cuáles y cuantos docentes fueron incorporados a los cargos de dichas plantas generando incertidumbre entre los docentes que venían laborando bajo la existencia y aplicación de dos estatutos docentes y además, quebrantándose los artículos 32, 33 y 34 de la ley 715 de 2001.

Mediante acuerdo 066 de 25 de marzo de 2009 la Comisión Nacional del Servicio civil convocó a concurso en la ciudad de Santa Marta, a la cual se le dio el nombre de convocatoria 094 de 2009 y se adelantó la misma existiendo la falencia de falta de publicidad de las nuevas plantas y sin contar con los estudios técnicos exigidos por los decretos 3020 de 2002 y 1494 de 2005 pasándose por alto el sistema de información, el control social y la incorporación de docentes a las plantas. En esa convocatoria el

⁴ Folio 31

⁵ Folio 32-33

⁶ Folio 34

Distrito de Santa Marta REPORTÓ inicialmente un total de noventa y cuatro (94) empleos vacantes entre directivos docentes y docentes. Dicho acuerdo de convocatoria fue divulgado entre el 1ro y 30 de abril de 2009 y se fijó como fecha de inscripción a las pruebas desde el día 15 de abril de 2009 hasta el día 15 de mayo de 2009⁷.

Que el citado acuerdo fue modificado en varias oportunidades⁷, en el sentido de incrementar el número de cargos ofertados —finalmente fueron 301—, fijar fecha para la inscripción —desde el 8 de mayo de 2009— y modificar los requisitos mínimos para concursar.

Que, para la fecha de inscripción, la demandante, por estar regulada por el Decreto 2277 de 1979, desconocía si le era obligatorio concursar, por lo que no se inscribió para participar en la convocatoria.

Manifestó que su procurada, en mayo de 2009, se tituló como Licenciada en Educación Básica con énfasis en Ciencias Naturales, por lo que ascendió en el Escalafón Docente, ósea, después del plazo para inscribirse.

Narró que, mediante Resolución No. 259 el 22 de febrero de 2011, fue declarada insubsistente, pero, mediante Resolución No. 448 del 11 de marzo de 2011, nuevamente fue reintegrada por estar incapacitada con enfermedad de alto riesgo, en razón a unas patologías a nivel lumbar.

Enfermedad que la mantuvo incapacitada, sin embargo, la alcaldía Distrital de Santa Marta, a través del alcalde encargado, mediante la Resolución No. 1525 del 1° de julio de 2011, nuevamente la declaró insubsistente y nombró en período de prueba a la señora Nallidez Mercedes Rodríguez Rada, quien ocupó el puesto 236⁸, sin atender la observación prevista en la Resolución No. 448 del 1° de marzo de 2011, en la que se indicó que sólo debía ser declarada insubsistente hasta tanto superara la enfermedad padecida, lo cual no ocurrió porque, incluso, después de haber sido declarada insubsistente, dicha patología fue empeorando.

Que su procurada ascendió en el Escalafón Nacional Docente⁹, al grado 8°.

⁷ Acuerdo No. 88 de 31 de marzo de 2009, Acuerdo No. 93 de 7 de abril de 2009, Acuerdo No. 97 de 27 de abril de 2009 y Acuerdo 098 de 29 de abril de 2009

⁸ Obteniendo como puntaje 52.58, y el artículo 15 del Decreto 3982 de 2006 dispone que el puntaje debía ser de mínimo de 60 00 puntos

⁹ Folios 63-64 Resolución 1134 septiembre de 2011

Así mismo comentó que, a la presentación de la demanda, la Junta Médico-Laboral no había dictaminado sobre la incapacidad laboral de la demandante.

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, 47, 53, 83, 209, 356 y 357.
- 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 34
- Decreto 1278 de 2002: artículos 2, 11, 13, 36
- Código Contencioso Administrativo: artículos 2, 8, 44, 45, 63, 69, 73
- Ley 136 de 1994: artículos 92 y 106
- Decreto 1494 de 2005: artículos 3 y 4
- Ministerio de educación Nacional: Ley 909 de 2004
- Resolución 2346 de 11 de junio de 2007.

De acuerdo con el 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, pues no tuvo en cuenta que se trataba de una madre cabeza de familia y que padecía de una enfermedad incapacitante.

Respecto a esto último, indicó que mediante Resolución 448 del 11 de marzo de 2011, la Alcaldía Distrital de Santa Marta, reintegró a varios docentes que tenían preexistencias por enfermedades, entre ellos a su procurada, pero esto no duró porque nuevamente fue declarada insubsistente a través del acto administrativo que demanda.

A juicio del apoderado del demandante, el Distrito de Santa Marta, al conocer el estado de salud de la demandante no debió declararla insubsistente, sino iniciar el procedimiento administrativo correspondiente, esto es, solicitar la autorización al Ministerio de la Protección Social, así como también el Concepto Positivo del Ministerio de Educación Nacional y la Evaluación Médica Posocupacional de Egreso o de Posincapacidad de que trata la Resolución 2346 de 2007 y no lo hizo.

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.

Señaló que el acto administrativo demandado vulneró el principio de buena fe, dado que su prohijada se vinculó al sector de educación mediante nombramiento y posesión conforme lo indicaba el artículo 3° del Estatuto Docente vigente y, por lo tanto, la normatividad aplicable al caso concreto es el Decreto ley 2277 de 1979, y los Decretos 1140 de 1995 y 1706 de 1989, puesto que ninguna de estas permite el nombramiento en propiedad sin necesidad de concurso como requisito de validez, el cual fue exceptuado expresamente cuando no existiera reglamentación del mismo.

Así mismo indicó que la Resolución 1525 de 1° de julio de 2011 es nula 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 Carta Política de Colombia 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 sistema 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.

Por lo que precede consideró que estos concursos debían convocarse discrecionalmente por los alcaldes y gobernadores, previa reglamentación, por parte del legislador, sin embargo, ello no fue así, por lo que se expidió el Decreto 1140 de 1995, que, en su artículo 8, permitía la aplicación de normas anteriores a

la Ley 115 de 1994, esto es, que el ente nominador podía proveer cargos vacantes sin concurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 16° del Decreto 1706 de 1989.

También, realizó un cuadro comparativo entre ésta última normativa y el Decreto 647 del 26 de septiembre de 2001 (nombramiento de la actora), para significar que éste se realizó de acuerdo al procedimiento establecido en el Decreto 1706 de 1989, lo cual, le permite inferir que su nombramiento se realizó en propiedad, esto es, no quedó supeditado a ninguna superación de algún concurso de méritos.

De igual manera se refirió al Decreto 1140 de 1995 que en el literal c del artículo 9° dispone que pueden proveerse vacantes, en forma definitiva, sin concurso, respecto de los docentes nombrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 115 de 1994.

El togado concluyó que las normas que regulan el régimen especial de educadores, esto es, las anteriores a la Ley 715 de 2001, no preveían la figura de la provisionalidad.

Sin embargo, la Ley 715 sí lo hizo, pero limitando la provisionalidad a un grupo específico de docentes que venían laborando por OPS.

Agregó que, con la expedición del Decreto – Ley 1278 de 2002, la provisionalidad se extendió a todo tipo de docentes, pero condicionada, en principio, a la conformación de nuevas plantas de cargos docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, por lo que, de conformidad a lo previsto allí, el Distrito de Santa Marta, mediante Decreto 115 del 24 de junio de 2005, incorporó a la actora, entre otros, a la nueva planta de personal docente.

De tal suerte, consideró, que la accionada incurrió en un yerro, al separar del cargo a quien gozaba de una estabilidad laboral, esto es, vinculada en propiedad.

También memoró la directiva ministerial número 003 del 11 de febrero de 2004, que aclaró la 020 del 31 de diciembre de 2003, en el sentido de que se ordenaba mantener la vinculación, sin solución de continuidad, a los docentes nombrados en la planta de personal, por tanto, quedaban vinculados en propiedad y por ello no se requería una nueva posesión o concurso.

Aunado a aquello, señaló que la plaza ocupada por su prohiada, en la IED Simón Bolívar, no se encontraba vacante, esto es, en provisionalidad.

Además, indicó que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006, sólo debían ser convocados a concurso los cargos vacantes de la nueva planta de personal de que trata el artículo 37 de la Ley 715 y el Decreto 1494 de 2005, cuya aplicación no existe en Santa Marta, por ende, a su juicio, la convocatoria 094 de 2009, sobre la cual se erige la declaratoria de insubsistencia, no tiene bases legales que la sustenten.

Consideró, que el acto administrativo demandado es nulo por falta de motivación.

2. Sentencia apelada¹⁰

Cumplidas cada una de las etapas propias del proceso, el Juez Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Marta, en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2015, resolvió denegar las súplicas de la demanda.

Como fundamento de la referida decisión, el fallador de primera instancia, luego de referirse a los hechos probados, a las tesis planteadas por las partes y al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto, determinó que el Decreto 2277 de 1979 reguló las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñaban la profesión docente y no sobre el régimen de carrera administrativa ya que para ingresar a la misma y gozar de dichos derechos sólo se debían acreditar tres exigencias: Inscripción en el escalafón docente, nombramiento en propiedad y posesión; sin que el simple escalafonamiento docente generara derechos de carrera.

De manera que la actora, al ser nombrada en provisionalidad, su vinculación como docente del Distrito se mantendría hasta que alguien lo ocupara en propiedad, como en efecto ocurrió, pues, la señora Nallidez Mercedes Rodríguez Rada, fue quien superó el concurso de méritos de cargos Docentes y Directivos Docentes en Instituciones Educativas Oficiales del Distrito de Santa Marta, ocupando la posición 236. tal como se indicó en los considerandos del acto administrativo demandado.

¹⁰ Folios 270-283

Además, determinó que de los 65 cargos ofertados en la plaza de básica primaria cinco de ellos correspondían a la IED Nueva Colombia, el cual, uno era el que ocupaba la actora, el cual debía ser provisto por quien superó el concurso de méritos, por lo que consideró que el acto demandado estuvo debidamente motivado.

En lo que tiene que ver con la incapacidad laboral indicó que no se aportó prueba o un dictamen pericial que diera cuenta de la pérdida de la capacidad laboral, por ende, al momento en que se profirió el acto demandado (1° de julio de 2011), la entidad desconocía dicha condición.

En punto a la condición de padre cabeza de familia de la demandante, el juez de primera instancia expresó que el nombramiento de esta fue para ocupar una vacante en provisionalidad mientras se proveía el cargo en periodo de prueba o en propiedad haciendo uso de la lista de elegible derivada de un concurso de méritos y que, en el presente caso, no se acreditó la condición especial esgrimida por la demandante, en los términos de la Ley 82 de 1993.

Finalmente, denegó los perjuicios morales y materiales reclamados en tanto que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto enjuiciado.

2.1. Argumentos del recurso de apelación¹¹

El apoderado judicial de la parte demandante radicó su inconformidad en el hecho de que, a su juicio, la sentencia es incongruente por cuanto a pesar de que manifiesta el a quo que no se desvirtuó la legalidad del acto acusado, ello fue así en virtud de que el juez 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 asignación de cargos y la misma audiencia pública, ésta última para conocer el número de cargos provistos en la citada audiencia y su ubicación.

¹¹ Folios 286-297

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.

Insistió en que el acto demandado es nulo por estar falsamente motivado porque, si bien el ente demandado declaró la insubsistencia de la demandante por la convocatoria a concurso —la cual estuvo fundada en un plan de provisión de cargos, una oferta pública, unas listas de elegibles y una audiencia de asignación de cargos—, también lo es que se ofertaron 65 empleos, los cuales debían ser provistos por quienes superaron el concurso, en orden de méritos, sin embargo, de las cuatro vacantes convocadas en la IED Nueva Colombia, en este caso, una de las cuales estaba ocupada por la actora, una fue provista con el nombramiento de quien ocupó el puesto 236, desconociendo las reglas de la convocatoria 94 de 2009 y las normas en que se fundamenta.

También reparó sobre la decisión del *a quo* al no tener acreditada la condición de salud que incapacitaba a su procurada por no haberse aportado dictamen pericial, cuando la Corte Constitucional tiene previsto que aquello se satisface con la historia clínica, la cual da cuenta de la enfermedad y limitación funcional de la actora, prueba que no fue valorada.

En lo relacionado con la condición de madre cabeza de hogar, existe en el plenario una declaración extraprocesal que da cuenta de ello.

Por las anteriores consideraciones, en términos generales, solicitó que se revocara la decisión apelada.

3. Trámite y alegatos en segunda instancia:

3.1. De la 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 30 de enero de 2015, proferida por el Juzgado Segundo

Administrativo de Descongestión de Santa Marta dentro del proceso de la referencia.

Igualmente, el artículo 181 de la citada normatividad establece que son susceptibles del recurso de apelación las sentencias de primera instancia proferidas por los Tribunales y los Jueces.

En el presente asunto se analiza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el juzgado, en consecuencia, este Tribunal es competente para conocer de la alzada, sólo en cuanto a los puntos que fueron objeto de alzada.

3.2. Del recurso de apelación

El Juez *a-quo*, mediante auto de fecha del 10 de mayo de 2016, concedió la apelación interpuesta por el apoderado de la accionante. (Fl. 301)

Este Tribunal, admitió el recurso de apelación (folio 300)¹² y, mediante auto del 9 de junio de 2021, ordenó correr traslado para alegar de conclusión (folio 434-435).

3.3. Alegatos de conclusión

La alcaldía Distrital de Santa Marta (folios 437-444) insistió en que deben denegarse las súplicas de la demanda porque el cargo que ocupaba la demandante en provisionalidad debía ser provisto por quien superó el concurso de méritos, tal como se indicó en los considerandos del acto de insubsistencia y que, de lo contrario, se le desconocería los derechos de carrera que ostenta la señora Nallidez Mercedes Rodríguez Rada.

De manera que, a su juicio, los actos demandados fueron expedidos con base en las normas en que debieron fundarse.

¹² El apoderado del extremo accionante recurrió la decisión y solicitó pruebas en segunda instancia (folios 305-306), sin embargo, el entonces magistrado ponente, en auto del 14 de febrero de 2017 (folio 328) repuso lo resuelto en el auto del 19 septiembre de 2016 y ordenó el decreto de pruebas en segunda instancia. Sin embargo, en auto del 24 de abril de 2017, nuevamente se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, y contra esta decisión el apoderado de los demandantes volvió a interponer recurso de reposición (folio 374-376) y, en proveído del 17 de mayo de 2017 (folios 377-378), volvió a reponerla.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, procede la Sala a decidir sobre el fondo de la Litis planteada en la demanda objeto de revisión en sede de segunda instancia con el siguiente derrotero: 1) Problema jurídico a resolver y tesis, 2) fundamentos legales y jurisprudenciales que apoyan la tesis, 3) análisis del caso en concreto y 4) condena en costas.

1. Problema jurídico a resolver y tesis del Tribunal

El problema jurídico que deberá resolverse se circunscribe a establecer si la insubsistencia contenida en la Resolución No. 1525 del 1° de julio de 2011, emanada de la Alcaldía Distrital de Santa Marta, *"Por medio del cual se hace un nombramiento en período de prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional"*, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

Tesis del Tribunal: Se revocará la sentencia recurrida por cuanto el acto administrativo demandado estuvo falsamente motivado, dado que, sólo fueron ofertadas cinco plazas en la IED Nueva Colombia, las cuales se agotaron en la primera y segunda audiencia de escogencia de cargos, por ende, las otras tres plazas que fueron denunciadas, una de estas ocupada por la demandante, jamás debió ser asignada porque no fue de aquellas plazas ofertadas.

2. Fundamentos jurisprudenciales y legales que apoyan la tesis del Tribunal

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 105¹³, estableció la manera en que debía efectuarse la vinculación de los educadores, a saber:

"Artículo 105º.- 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.

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

¹³ 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.

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

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 período 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 período de prueba o en propiedad, producto de la lista de elegibles.

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 Sandra Milena Curvelo Rodríguez del cargo de docente, el cual, a juicio de la actora, se encuentra viciado de nulidad.

En ese orden, para efectos metodológicos se abordará el asunto, en los siguientes términos: *i)* Situación legal de los docentes provisionales; *ii)* del nombramiento provisional de la actora 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

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 periodo, 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 2003, estableciendo como presupuestos para tal fin el cumplimiento y verificación de requisitos para el cargo, y que sus contratos no hubieran 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 9º dispone:

"Artículo 9º. 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

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 surtir 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 anomalía 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 hubieran 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 de la actora y su declaratoria de insubsistencia

Revisado el plenario, se encuentra que la actora fue vinculada al servicio educativo en provisionalidad mediante Resolución número 0549 del 12 de marzo de 2003 (folios 32-33), expedido por el alcalde del Distrito de Santa Marta, en el cargo de docente Grado 02.

En ese orden de ideas, para la Sala no existe ninguna duda, que la vinculación de la actora, lo fue en provisionalidad, "hasta que se provea el cargo en período de prueba o en propiedad de acuerdo con listados de elegibles producto del concurso".

Ello supone que el argumento planteado por el apoderado de la demandante, 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 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 no existía lista de elegibles, por ende, ello suponía que, al convocarse un concurso para la provisión de cargos, propiamente el que ocupaba la señora Curvelo Rodríguez, automáticamente debía ser provisto en propiedad.

En ese orden, se estima que la Resolución 1525 de 2011, en principio, se encontraba motivada, en el sentido de que una vez se procediera al nombramiento en periodo de prueba de Nallidez Mercedes Rodríguez Rada, 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 motivación del acto acusado

El recurrente alude que el acto administrativo se encuentra viciado por falsa motivación porque declaró insubsistente a la actora para, en su lugar, nombrar en período de prueba a quien ocupó el puesto 236, sin atender el orden de mérito, pues, sólo fueron 65 cargos convocados en el área de Básica Primaria.

Para resolver, la Sala advierte que de f. 400-406 obra en el plenario el Acuerdo No. 066 de 25 de marzo de 2009¹⁴, en cuyo artículo 8º se señalan los empleos convocados, entre estos:

EMPLEOS			No. de cargos
CARGOS DIRECTIVOS DOCENTES	Rectores		30
	Directores Rurales		0
	Coordinadores		80
TOTAL CARGOS DIRECTIVOS DOCENTES CONVOCADOS			110
CARGOS DOCENTES	NIVEL Y CICLO	AREA	
	Preescolar	Preescolar	10
	Básica Primaria	Primaria	65

En ese contexto, es claro que, para el nivel de Básica Primaria, fueron convocados 65 cargos. A su vez, el artículo 42 del Acuerdo 066 de 2009 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 2009¹⁵ se puede comprobar que efectivamente fueron convocados 65 cargos docentes en el área de Básica Primaria; y que, de dicho total, se encuentra que, en la IED Nueva Colombia, donde prestaba sus servicios a través de vinculación en provisionalidad la señora Curvelo Rodríguez, fueron convocadas cinco plazas, a saber:

DATOS DE LA VACANTE					
No.	Cargo	Municipio	Institución Educativa	Zona	
...					
35	Docente Básica P.	Santa Marta	IED 20 de julio	Urbano	
....				..	..
127	Docente Básica P.	Santa Marta	IED Nueva Colombia	Rural	
128	Docente Básica P.	Santa Marta	IED Nueva Colombia	Rural	
129	Docente Básica P.	Santa Marta	IED Nueva Colombia	Rural	
130	Docente Básica P.	Santa Marta	IED Nueva Colombia	Rural	
131	Docente Básica P.	Santa Marta	IED Nueva Colombia	Rural	

Ahora bien, se advierte que, en el Acta de Citación a Audiencia Pública de Escogencia de Instituciones Educativas, suscrita el 11 de mayo de 2010 (folios 408-409), se indicó:

¹⁴ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas del Distrito de Santa Marta – Convocatoria 094 de 2009

¹⁵ F. 407

"Las áreas convocadas en la mañana: ... PRIMARIA, ..., se registran en la mañana y la audiencia se lleva a cabo en la mañana en la forma como se señala a continuación:
HORA REGISTRO DE ASISTENCIA: 7:30 AM
HORA INICIO DE AUDIENCIA: 8:00 AM

HORA	AREA O NIVEL	No. DE VACANTES	ELEGIBLES A LLAMAR
	Primaria	65	SE CITAN LOS PUESTOS 1 AL 58 MÁS UN 10% ADICIONAL CORRESPONDIENTES A LOS NÚMEROS 59 AL 64

Así mismo, al contrastar el Acta de la Primera Audiencia Pública de Escogencia¹⁶ con la Resolución 1344 de 2010 se advierte que los 65 cargos que fueron convocados fueron proveídos en orden de mérito, a saber:

Posición	Puntaje	...	Nombre
1	69,13		Ospino Bermúdez Eliana Margarita
2	68,65		Merizalde de las Salas Jorcelis Esther
3	68,21		Arvilla Vargas María Josefina
4	67,86		Contreras Ortiz Olga Lucia
5	67,27		Landero Lazcano Eufemia Cecilia
6	66,92		Sánchez Lanao Patricia Esther
7	66,26		Sierra Iguarán Esperanza Luz
8	66,21		Ramírez Cancio Alexis Beatriz
9	66,09		Sabogal Tinoco Luis Fernando
10	66,05		Martínez López Monica Patricia
11	66,03		Arrieta Domínguez Yesenia María
12	65,98		Duran Estrada Alba Luz
13	65,90		Atencia Constante Rosalbina María
14	65,81		Amaris Villalba Tulia María
15	65,81		Marulanda Pallares Orlando
16	65,6		Palacio Pedrozo Brenda
17	65,37		Saenz Montenegro Martha Lucia
18	65,22		Rada Juvinao Leidis
19	65,17		Barliza de la Rosa Luisa
20	65,15		Laborde Lastra Karen Paola
21	65,01		Martínez Martínez Karen
22	64,46		Benavides Delgado Luis Eduardo
23	64,43		López Rodríguez Bioneyis
24	64,41		Campos Ramírez Sayra Eugenia
25	64,41		Guerra Mercado Luis Miguel
26	64,37		Ibañez Orozco Carlos Alberto
27	64,27		Martínez Valle Melisa
28	64,27		Martínez Rojas Martha
29	64,27		Rodríguez Santana Rossana
30	64,24		Romero Miranda Claudia
31	64,22		Alvarado Fernández Sandra
32	64,22		Cantillo Zambrano Teresa de Jesús
33	64,16		Romero Gutiérrez Amanlis
34	64,14		Gómez Ramírez Yuleimi
35	64,12		Mejía Baños Katy
36	64,05		Patiño Badillo Víctor
37	64,04		Acosta Cantillo Cesar
38	63,93		Navarro Ilanes Iovanna Jessy
39	63,89		Daza Diaz Itala Maria
40	63,78		Dávila Stand Manuelita
41	63,75		Hernández Arrieta Bertilda
42	63,54		González Franco Greys
43	63,4		Cervantes Fajardo Jean Carlos
44	63,39		Moreno Vergara Jorge
45	63,39		Valencia Paternina Sonia
46	63,34		Pérez Salas Dairo Alfredo
47	63,22		Pulido Parra Yulani Rocío
48	62,99		Duran Santoya Rosa
49	62,87		Figueroa Carbonó Mónica
50	62,84		Terán Castro Libia Esther
51	62,83		Melo Campuzano Alexandra
52	62,79		Gómez de la Hoz Alicia
53	62,66		Guerreiro Alba Edison
54	62,53		Narvaez Ortega Ana
55	62,52		Alvarado Maldonado William
56	62,45		Landero Lazcano Juliana
57	62,38		Monroy Mosquera Katya
58	62,34		Rojas Castro Rogers
59	62,29		Rubio Hernández Blanca
60	62,25		Pabón Ortiz Rosa
61	61,89		Blanco Niño Yaneth
62	61,87		Muñoz López John Bayrobn
63	61,86		Simanca Gómez Isaidy
64	61,86		Daza Santiago Leidis
65	61,85		Pacheco Pérez Margarita Antonia

De dicha lista se desprende que quien ocupó el puesto 65 optó por una plaza en el IED Nueva Colombia, de las cinco que fueron ofertadas.

¹⁶ Documento público que se encuentra incorporado en el expediente radicado con el número 2012-020 dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho seguido por el señor Arnulfo Obregón vs Distrito de Santa Marta, así mismo en el expediente radicado con el número 2013-008 seguido por Ricardo Manjarrés contra el Distrito de Santa Marta.

Sin embargo, existió otra citación a Audiencia de Escogencia de Cargos donde se señaló¹⁷:

HORA	ÁREA O NIVEL	No. DE VACANTES	ELEGIBLES A LLAMAR
	Primaria	147	SE CITAN LOS PUESTOS 68 AL 189 MÁS UN 10% ADICIONAL CORRESPONDIENTES A LOS NÚMEROS 190 AL 203

Sin embargo, al contrastar el Acta de la Segunda Audiencia Pública de Escogencia de Empleos con el Acuerdo No. 066 de 2009 y la OPEC Docentes para la Convocatoria 2009, se advierte que otras plazas de la IED Nueva Colombia fueron asignadas a quienes ocuparon los puestos 68 a 203.

	Posición	Puntaje	...	Nombre
	184	57,31		Ferreira Tovar Astrid
	185	57,2		Mendoza Mejía Yesenia
	185	57,2		Ureche Barrientos Ana
	186	57,15		Gutiérrez Iglesia Liney
	187	57,1		Rua García Milena

Lo mismo ocurrió en la Tercera Audiencia Pública de Escogencia de Empleos¹⁸, la cual se llevó a cabo el 18 de junio de 2011, en la que se denunciaron algunas plazas ocupadas en provisionalidad, entre estas, dos en la IED Nueva Colombia, una de ellas ocupada por la señora Sandra Milena Curvelo, por lo que se asignaron plazas a quienes ocuparon los puestos 236 y 237, en este caso, una a la señora Nallidez Mercedes Rodríguez, quien reemplazó a la demandante.

En ese contexto, se tiene entonces que en las tres audiencias se designaron 8 plazas en total, de las cinco que inicialmente fueron ofertadas.

De manera que, a pesar de que se designaron (en la primera y segunda audiencia de escogencia de cargos) las cinco plazas que sí fueron ofertadas, dentro de estas no se encontraba la ocupada por la actora, pues, ninguno de aquellos docentes la desplazó.

¹⁷ Folios 410-414

¹⁸ Documento público que se encuentra incorporado en el expediente radicado con el número 2013-008 seguido por Ricardo Manjarrés contra el Distrito de Santa Marta (folio 61-71).

De tal suerte, las otras tres plazas (una de ellas ocupada por la accionante) no debieron asignarse porque sencillamente no fueron ofertadas.

En consecuencia, le asiste razón al apoderado del extremo accionante en afirmar que el cargo que ocupaba su prohijada no fue convocado a concurso, 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".¹⁹

¹⁹ Sentencia T-892 de 2012.

Dicha postura fue prolijada por el Consejo de Estado, a través de sentencia de fecha 12 de mayo de 2014²⁰, 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".

Adicional a lo anterior, este Tribunal en asuntos de contornos fácticos similares a llegado a igual conclusión: Exp. 2011-00149. Demandante: Acisclo Zambrano Vs. Distrito de Santa Marta. M.P. Elsa Mireya Reyes Castellanos. Sentencia de 31 de octubre de 2018; Exp. 2012-00383. Demandante: Adilana Polo vs Distrito de Santa Marta. M.P. María Victoria Quiñones Triana. Sentencia del 16 de octubre de 2019 y Exp. 2013-00323. Demandante: Luz Salina Vs. Distrito de Santa Marta. M.P. Elsa Mireya Reyes Castellanos. Sentencia de 28 de abril de 2021

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 N°1.525 del 1° de julio 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 la demandante desempeñaba, toda vez que el mismo JAMÁS fue ofertado para la convocatoria en cita; lo que supone que deba declararse la nulidad parcial de los actos acusados, y que la actora pueda ser acreedora al restablecimiento de su derecho.

Del restablecimiento del derecho.

Dilucidado que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, lo procedente es resolver el restablecimiento del derecho.

²⁰ 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).

Así, en principio, debiera ordenarse el reintegro de la accionante en las mismas condiciones (provisionalidad) a las que se encontraba antes del retiro, al cargo de docente de Básica Primaria, 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.

Sin embargo, debe advertirse que en el *sub examine* el apoderado de la demandante alega que el acto administrativo se encuentra viciado de nulidad porque el Distrito de Santa Marta desvinculó a su procurada encontrándose en período de protección laboral reforzada, con historia de enfermedad de Espondilitis Anquilosante la cual es degenerativa, además de otras patologías que conllevó a que fuera calificada con un 96% de pérdida de la capacidad laboral.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que, mediante la Resolución 448 del 11 de marzo de 2011 (folios 52-56), el Distrito de Santa Marta resolvió modificar la resolución 259 de 2011 —mediante la cual se declaró insubsistente a la actora en una primera oportunidad— porque la señora Sandra Milena Curvelo Rodríguez se encontraba incapacitada.

Así mismo, se indicó en el artículo segundo que dicho acto administrativo no confería derecho de carrera a los docentes provisionales ni se les exceptuó o los exoneró de ser desvinculados con posterioridad en el evento que superaran las situaciones que dieron lugar a la causal de excepción.

En efecto, comoquiera que la administración no volvió a conocer sobre otra incapacidad, la excepción de desvinculación cesó, por lo que **el 8 de septiembre de 2011** (folio 64) se le notificó a la accionante la resolución que se demanda por medio de la cual se le declaró insubsistente.

No obstante, el dictamen para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Determinación de Invalidez (radicada el 17 de enero de 2013), en la cual se valoró la historia clínica de la actora, da cuenta que la actora, incluso, desde el 3 de septiembre de 2011 —antes de que fuera declarada insubsistente—, continuaba recibiendo tratamiento de la enfermedad que la incapacitaba.

Allí también se señaló:

REUMATOLOGIA: Atenciones: (23/09/11) espondilo artropatía indiferenciada, dolor lumbar, sacroiliaca bilateral irradia hasta tobillos, mas cercalgia con sueño no reparador, (14/09/11) Sacrolilitis bilateral Laboratorios Seronegativo, CONTINUA CONTROLES REUMATOLOGIA TTO: Sulfazalazina, naproxen, prednisolona, Omeprazol y Fluoxetina, No tolero por Hematuria «Actualmente Tto Lirica Oxycodone y Adalimumad. Sin mejoría en parte funcional. Medicina Dolor Fechas (13/10/11) y (22/11/11) Recomendaciones reposo continuar reumatología y Lidocaína 5% parches Pregabalina (Lirica) Fisiatría (03/09/11) ESTA USUARIA PADECE DE LUMBOCIATILAGIA MP, YA LE PRACTIQUE BLOQUEO ANALGÉSICO HACE DOS MESES SE ENCUENTRA EN TRATAMIENTO CON REUMATOLOGÍA POR ESPONDILOARTROPATIA SERONEGATIVA. TERAPIA FISICA 10 SESIONES. CONTINÚA MANEJO POR REUMATOLOGIA. CITA A MD LABORAL QUIEN PODRA HACER EL SEGUIMIENTO DEL CASO. Ortopedia (12/11/11) PACIENTE QUIEN PRESENTA PATOLOGÍA INCAPACITANTE FUNCIONAL ACTUALMENTE CON DOLOR QUE NO MEJORA A TTO QUIEN INICIO TTO CON MEDICINA BIOLOGICA QUIEN PRESENTA RECAIDA DE DOLOR. OXICODONA PACIENTE DEBE CONTINUAR CON AL DIAMBULACION ACTIVIDAD FISICA. M. Interna (28/08/12) PRESENTA CALAMBRES EN MMISSS DESDE HACE 4 DÍAS. ANTECEDENTES SACROILEITIS POR ESPODILITIS ANQUILOSANTE, ESTA EN TRATAMIENTO CON ORTOPEdia, REUMATOLOGÍA Y MEDICINA DEL DOLOR. VIENE PARA REMISION A LAS ESPECIALIDADES ESTA PATOLOGÍA ES AJENA A MEDICINA INTERNA, REMISION A MEDICINA DOLOR. REUMATOLOGIA. ORTOPEdia. Ortopedia (29/09/12) CURSA CON DOLOR MUSCULOESQUELETICO GRALIZADO DE LARGA DATA, YA VENIA SIENDO ATENDIDA POR REUMATOLOGIA, CLINICA DEL DOLOR, HOY VIENE A CONTROL CON FRANCA LIMITACION DE LA MOVILIDAD DEL ESQUELETO AXIAL ESTA USUARIA A MI CRITERIO NO PUEDE. LABORAR Y REQUIERE SER ATENDIDA POR REUMATOLOGÍA Y CLINICA DOLOR, NO REQUIERE FISIATRA, REMITO A MD LABORAL. CITA A MD LABORAL CITA A MEDICINA DEL DOLOR, DE ALTA. Medicina Laboral (30/11/12) ESPONDILOARTROSIS Y SACROILITIS PROGRESIVA DESDE 2004 POSTERIOR CAIDA, CON DOLOR E INCAPACIDAD FUNCIONAL, Radiografía (31/03/11) Signos radiológicos de inestabilidad de columna. TAC C Lumbosacro 3D (03/05/11) Sacrolilitis bilateral grado 11-III Gammagrafía ósea tres fases (03/06/11) Sacrolilitis bilateral de predominio izquierdo. ADEMÁS STC DERECHO. DESDE 2007 DOCENTE BASICA PRIMARIA, 11 N/ SANTA MARTA. Ortopedia (16/04/11) DOLOR EN COLUMNA. CUADRO CLINICO DE 3 MESES DE EVOLUCION QUE SE IRRADIA A MIEMBRO INFERIORES ACOMPAÑADOS CON MIALGIALGIA Y CALAMBRES, ..."

En esta oportunidad se le otorgó a la actora 98% de PCL con fecha estructuración de la invalidez del 23 de septiembre de 2011, porcentaje que disminuyó al 96% en el segundo dictamen (radicado el 31/01/2014). (Ver cuaderno anexo de historia clínica)

Hasta aquí, para la Sala es claro que, en este caso, no resultaría procedente ordenar el reintegro, en virtud de la pérdida de la capacidad total laboral de la accionante desde el 23 de septiembre de 2011 —fecha de estructuración de la invalidez permanente—.

Ahora bien, en punto a la indemnización, a título de restablecimiento del derecho, la Corte Constitucional en Sentencia SU-556 de 24 de julio de 2014, dispuso 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 distingo 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.²¹

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 de la actora era provisional, en principio, resultaría procedente ordenar el pago del monto equivalente a los salarios y prestaciones sociales dejadas 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 indemnización sea inferior a seis (6) meses ni exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

En consecuencia de lo anterior, se deberá reconocer a la demandante una indemnización, con ocasión de su insubsistencia, 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

²¹ 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.

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.

Se destaca, en este punto, que la señora Sandra Milena Curvelo Rodríguez figura como pensionada, con tope máximo, por invalidez ya que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció dicha prestación mediante Resolución 157 del 5 de marzo de 2014²².

Afiliaciones de una Persona en el Sistema						
INFORMACIÓN BÁSICA						
Número de identificación:	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Fecha de Corte	Sexo
CC 36669551	SANDRA	MILENA	CURVELO	RODRIGUEZ		F
AFILIACIÓN A SALUD						
No se han reportado afiliaciones para esta persona					Fecha de Corte	2021-07-02
AFILIACIÓN A PENSIONES						
Regimen	Administradora		Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación		
PENSIONES AHORRO INDIVIDUAL	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA			2013-05-29 Inactivo		
AFILIACIÓN A RIESGOS LABORALES						
No se han reportado afiliaciones para esta persona					Fecha de Corte	2021-07-02
AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR						
No se han reportado afiliaciones para esta persona					Fecha de Corte	2021-07-02
AFILIACIÓN A CESANTIAS						
Regimen	Administradora		Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación		Fecha de Corte
CESANTIAS TRADICIONAL	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO		2005-09-22	VIGENTE		2021-05-31
PENSIONADOS						
Entidad que reconoce la pensión	Estado	Tipo de Pensión	Tipo de Pensionado	Modalidad	Fecha Resolución	Fecha de Corte
REJUCAR LA PREVISORA	Activo	Invalidez por riesgo común	Del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con tope máximo de pensión	Retiro programado	2014-03-15	2021-07-02
VINULACIÓN A PROGRAMAS DE ASISTENCIA SOCIAL						
No se han reportado vincificaciones para esta persona					Fecha de Corte	2021-05-31

De tal suerte, y teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la invalidez permanente —23 de septiembre de 2011— es claro que la indemnización debe supeditarse al retiro definitivo del servicio, esto es, hasta el momento en que la accionante adquirió su estatus de pensionada por invalidez, pues, existen normas que prohíben recibir doble erogación del tesoro público, a saber:

"ARTICULO. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese (sic) por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas". (Subrayado fuera de texto)

²² Consultada en la página RUAF

Así las cosas, comoquiera que se desconoce desde qué fecha se le reconoció la pensión de invalidez a la actora, la Sala **aclarará** que la indemnización, a título de restablecimiento del derecho, que deberá reconocer y pagar el Distrito de Santa Marta, se supeditará a los salarios y emolumentos que la actora dejó de percibir desde que fue declarada insubsistente por Resolución 1.525 del 1° de julio de 2011 hasta que ingresó en nómina de pensionada por invalidez, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Ahora bien, los valores causados desde que la accionante fue declarada insubsistente hasta que se produjo el ingreso en nómina, serán ajustados conforme a la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia.

3. Condena en 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.

En consecuencia, **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 30 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Marta.

Segundo: Declarar la nulidad de la Resolución 1.525 del 1° de julio de 2011, por medio del cual se hace un nombramiento en período de prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional, suscrita por el señor Alcalde del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, por las razones expuestas en la presente decisión.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho ordénese a la entidad demandada Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, que **reconozca y pague, a favor** de la señora Sandra Milena Curvelo Rodríguez, una indemnización, con

ocasión de su insubsistencia, en un monto equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde que fue declarada insubsistente por Resolución 1.525 del 1° de julio de 2011 hasta que ingresó en nómina de pensionada por invalidez, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ahora bien, los valores causados desde que la accionante fue declarada insubsistente hasta que se produjo el ingreso en nómina de pensionada por invalidez, serán ajustados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado que se expresa en los siguientes términos:

$$R = Rh \frac{If}{Ii}$$

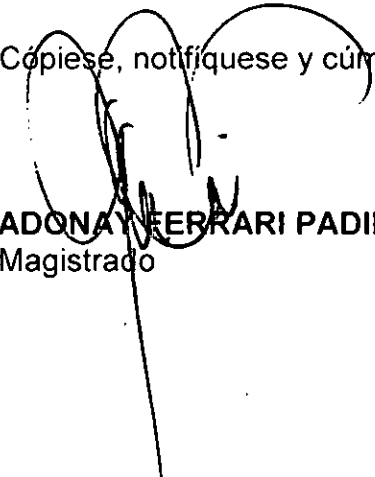
En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la formula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

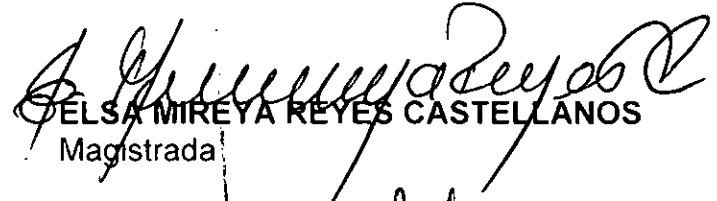
Cuarto: Se dará cumplimiento a la sentencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 177 y ss del CCA.

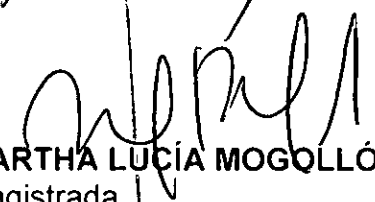
Quinto: Negar las restantes súplicas de la demanda.

Sexto: No hay lugar a condena en costas en el trámite de la segunda instancia. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase


ADONAY FERRARÍ PADILLA
Magistrado


DELIA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada


MARTHA LUCÍA MOGOLLÓN SAKER
Magistrada