



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, Dos (2) de Diciembre de Dos Mil Catorce (2014)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Provisionalidad en empleo de carrera - Estabilidad relativa – Falsa motivación – Expedición Irregular - Ley 909 de 2004 - Decreto 1227 de 2005 y Decreto 1894 de 2012.

Demandante: FREDY VALENCIA
Demandado: MUNICIPIO DE YOPAL
Radicación: 850013333-002-2012-00110-00

Procede este Estrado Judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

FREDY VALENCIA por medio de apoderado judicial formula demanda invocando el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del MUNICIPIO DE YOPAL, para que se surtan los trámites del contencioso administrativo y se acceda a sus peticiones, teniendo como base la nulidad de acto mediante el cual le declaran la terminación del nombramiento en provisionalidad.

P R E T E N S I O N E S:

Solicita el actor en el libelo de forma textual:

“PRIMERO.- Declarar nula la Resolución Numero 0785 de fecha 13 de junio de 2012, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura Municipal, mediante la cual le fue terminada la vinculación provisional del señor FREDY VALENCIA, del cargo Auxiliar Administrativo, código 407, grado 06, ante la Secretaría de Educación y cultura Municipal.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese el reintegro del señor FREDY VALENCIA al cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 06 de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal, o a otro cargo similar de igual categoría en la ciudad de Yopal.

TERCERO.- En consecuencia, y como restablecimiento del derecho, ordénese al Municipio – Secretaría de Educación y Cultura Municipal que pague al señor FREDY VALENCIA el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás adeudadas de la asignación básica correspondientes al cargo que venía ocupando, junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado a su empleo.

CUARTO.- Se considerará que no ha existido solución de continuidad en los servicios, para todos los efectos legales y prestacionales de FREDY VALENCIA.

QUINTO.- La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO.- Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

ANTECEDENTES:

Los hechos relevantes de la demanda se sintetizan así:

Mediante Resolución No. 029 del 2 de Octubre de 1989, expedida por la Coordinación Nacional de Educación Contratada de Casanare se nombró provisionalmente como Auxiliar de Servicios Generales Código 6035 Grado 01 al señor Fredy Valencia; a través de Resolución No. 04424 de 1990 se ratificó dicho nombramiento; posteriormente por Resolución No. 8817 de 1994 se le nombró en el cargo de Ayudante de Oficina, Código 5155 Grado 05 en la Oficina de Coordinación Nacional Contratada de Casanare.

Seguidamente por Decreto 0029 de 2001 se incorporó a la planta de cargos de la Secretaría de Educación Departamental, el personal de docentes, directivo docente y administrativo que laboraba al servicio de la Educación Nacional Contratada en los establecimientos educativos del Departamento de Casanare, con cargo a los recursos del situado fiscal.

Por Decreto No. 0451 de 2008, se homologó el cargo desempeñado por el aludido señor Fredy Valencia en el de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 06, de conformidad con el Decreto 0295 de 2008, mediante el cual se homologó y se niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación y Establecimientos Educativos del Departamento de Casanare.

Así mismo, destaca que mediante Resolución No. 10702 de 2009, proferido por el Ministerio de Educación Nacional, se reconoció al Municipio de Yopal para asumir la administración del servicio público educativo de dicha municipalidad; aunado a lo anterior, por Resolución No. 100 de 2010, se le concedió a dicho ente territorial la administración del personal docente, directivo docente y administrativo.

Igualmente, se advierte que el Decreto No. 012 de 2010, adoptó la planta del empleo de personal docente, directivos docentes y administrativos para la prestación del servicio educativo en el Municipio de Yopal y a través de Resolución No. 029 de 2010, modificada con Resolución No. 086 de febrero de 2010, se incorpora sin solución de continuidad dicha planta de personal docente, directivo y/o administrativo.

Finalmente, manifiesta que con Resolución No. 0785 de fecha 13 de Junio de 2012, se desvinculó al funcionario Fredy Valencia del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 06 de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Cita como violadas las siguientes normas:

- Artículos 13 y 29 de la Constitución Política.
- Ley 909 de 2004 art. 25, reglamentado por el Decreto 1227 de 2005 art. 8º.
- Decreto 1894 de 2012, art. 1º párrafo 2º, numerales 1 al 4º, el cual modifica los artículos 7º y 33 del Decreto 1227 de 2005.

En el concepto de violación indica que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad, haciendo énfasis en que transgrede de forma directa lo normado en los artículos 3º y 25 de la Ley 909 de 2004, donde se hace referencia a la forma de provisión de los cargos de carrera del personal administrativo de las instituciones de educación no formal de los niveles preescolar, básica y media (por concurso de

méritos), e igualmente plantea que en el evento en que no se pueda llevar a cabo dicho proceso de selección, se debe optar por efectuar un nombramiento en provisionalidad el cual contempla un tiempo máximo de un año, lapso dentro del cual deberá proveerse el cargo por el sistema de carrera y quedara desvinculado automáticamente quien se encuentre ocupando dicho cargo de forma provisional.

Acorde con lo anterior, sostiene que el hoy demandante se vinculó de forma provisional con la entidad territorial demandada desde el año 1989 y hasta el 13 de junio de 2012 cuando se da por terminado su nombramiento, destacando que dentro de dicha trayectoria el cargo que ha ejercido ha venido cambiando de denominación, pero prestando sin solución de continuidad el servicio asignado; lo que demuestra que en este caso en particular no se ha acatado el límite temporal que contempla la norma de vigencia de esta clase de nombramientos provisionales y que existieron situaciones especiales que condicionaron la estabilidad de dicho funcionario en dicho cargo, aspectos que estima la parte actora se debieron haber relacionado en el acto administrativo acusado, ya que al no hacerlo la conclusión lógica sería afirmar que la permanencia del hoy demandante en dicho cargo fue irregular durante todo el tiempo en exceso a los 6 meses de provisionalidad máxima señalada en la norma, por lo cual no le era dable a la administración mantener a dicho funcionario ejerciendo tales funciones y devengando un salario, cuando la normatividad señala que quienes ejercen un cargo en provisionalidad quedan retirados del servicio de forma automática; dicha omisión de relacionar dichas razones u motivos conlleva a que el acto administrativo acusado fuere expedido de una forma irregular.

Igualmente alega como cargo en contra del acto administrativo demandado, que no se dio cumplimiento a lo normado en el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (modificado por el Decreto 1894 del 11 de Septiembre de 2012), en el sentido de que expresamente dentro de la parte motiva del acto enjuiciado se adujo que se nombraría al señor Hernán Torres Gutiérrez en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, teniendo en cuenta que figuraba en el tercer lugar de la lista de elegibles; argumentación que va en contravía de disposiciones legales que establecen que se debe nombrar al primero de la lista de elegibles, más aún cuando solo se había convocado una vacante para dicho cargo; aunado a lo anterior, precisa que no se efectuó explicación alguna de una presunta No aceptación de los nombramientos de quienes lo antecedían en la lista, para justificar dicha decisión de la administración, razón por lo cual se considera que esta falta de argumentación viola principios fundamentales del

debido proceso, derecho a la defensa, contradicción y publicidad de los actos administrativos.

Finalmente refiere el demandante que el Departamento de Casanare no ha acatado las garantías establecidas en los numerales 1º, 2º y 4º del párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 1894 del 11 de Septiembre de 2011, que modificó el artículo 7º del Decreto No. 1227 de 2005, que señala:

“Parágrafo 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.*

En cuanto a la causal No. 1º *“Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.”*, precisa que el señor Fredy Valencia padeció un accidente de tránsito el día 17 de mayo de 2010, que le ocasionó graves lesiones y que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra aún en tratamiento y en espera de una valoración definitiva; no obstante lo anterior, afirma que la entidad demandada indiferente de dicha situación procedió a terminar su nombramiento provisional e inclusive existiendo calificación de la pérdida de capacidad laboral del 17.40%, expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta.

En lo que concierne a la causal No. 2. *“Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.”*, hace referencia a una documentación expedida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal y Fiscalía 19 SAU de Yopal, donde considera que se acredita la condición de padre cabeza de familia del señor Fredy Valencia, teniendo en cuenta que debe hacerse cargo de uno de sus dos hijos, el cual se encuentra estudiando.

Respecto a la causal No. 4 "*Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical*", afirma que el hoy demandante al momento de su desvinculación, se encontraba amparado con fuero sindical como integrante principal de la organización sindical - SINTRENAL, de conformidad con la "CONSTANCIA DE DEPOSITO CAMBIO DE JUNTA DIRECTIVA", expedida por el Ministerio de la Protección Social, razón por la cual advierte que se debió haber hecho una revisión rigurosa del personal de provisionalidad a remover, antes de haber adoptado dicha decisión definitiva en contravía de disposiciones legales y/o constitucionales.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda donde se invoca el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y que dio origen a este proceso se presentó ante la oficina de servicios judiciales de Yopal el 12 de Noviembre de 2012 como consta en sello obrante a folio 1 del cuaderno principal.

Sometida a reparto por la oficina mencionada el 16 de Noviembre del mismo año, correspondió a este Estrado Judicial e ingresó al Despacho en la misma fecha (fls 71 y 72 c.1).

Mediante proveído del 23 de Noviembre de 2012 (fls. 73 y 74), se inadmitió la demanda en aras de que se corrigieran falencias procedimentales. Una vez subsanados los yerros enunciados y al reunir los requisitos mínimos exigidos en el estatuto procedimental administrativo, se ADMITIÓ la demanda, se ordenó proceder conforme al articulado previsto en el estatuto procesal administrativo vigente; se dio traslado a la demandada y al agente del Ministerio Público.

Dentro del término legal otorgado por el Despacho con base en lo normado en el CPACA, la entidad demandada MUNICIPIO DE YOPAL a través de apoderada judicial hizo pronunciamiento sobre hechos y pretensiones y propuso excepciones y manifestando principalmente lo siguiente:

En cuanto a la presunta vulneración del acto administrativo de los artículos 25º de la Ley 909 de 2004 y 8º del Decreto 1227 de 2005, sostiene que dicha normatividad no es aplicable al caso en concreto, ya que las mismas hacen referencia a la provisión de empleos en encargo y esa no es la situación administrativa que se discute en este asunto; aunado a lo anterior, advierte que el tiempo que duró vinculado el accionante

obedeció a la necesidad de prestar un servicio público mientras se proveía el cargo por el sistema de méritos, razón por la cual no había lugar a actualizar la prórroga del nombramiento en provisionalidad como erradamente lo anuncia la parte actora.

Respecto a la carencia de motivos legales para la expedición del acto acusado, sostiene que contrario a lo afirmado por el actor, se evidencia que de una simple lectura del acto administrativo, las razones que dieron origen al mismo se fundamentan en el hecho de que existía una lista de elegibles para proveer unos empleos de carrera que hoy pertenecen a la estructura del Municipio de Yopal y dentro de los cuales se encontraba el cargo del actor, quien como ya se mencionó lo ejercía en provisionalidad, por lo que se procedió a nombrar a quien obtuvo el derecho a acceder al cargo en carrera administrativa mediante nombramiento en periodo de prueba.

Resalta igualmente que el actor insiste en afirmar que su vinculación durante el prolongado periodo que duró fue ilegal; sin embargo, no explica de qué manera tal circunstancia vicia de nulidad el acto acusado, si precisamente el mismo la está dando por terminada; en consecuencia, señala que no entiende como el actor, de manera contradictoria, refiere que desempeñó durante más de 20 años un cargo de manera contraria a derecho, pero que no obstante pretende ser reintegrado al mismo, como si el simple paso del tiempo lo amparara, pues no menciona fuente jurídica alguna que le otorgue tal derecho por encima de quien sí supero el concurso de méritos.

Continuando con los cargos incoados por la parte actora sobre el acto administrativo demandado, señala que en lo concerniente a que se nombró al tercero de la lista de elegibles respecto de un solo cargo convocado, asevera que tal manifestación dista de la realidad, ya que precisa que en primer lugar se convocaron 12 cargos con la denominación que desempeñaba el actor y que al momento en que finalizaron las etapas del concurso, la entidad para la cual se hizo el concurso (Departamento de Casanare) nombró en periodo de prueba a quienes lo superaron y conformaron la lista de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar y siguiendo en orden descendente hasta que se proveyeran la totalidad de los cargos ofertados o se agotara la lista de elegibles.

Así mismo, la apoderada judicial de la entidad demandada aborda las tres causales que aduce el actor que la administración desconoció para proteger a los provisionales

en caso de que el número de elegibles sea inferior a los cargos vacantes, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 1894 del 11 de Septiembre de 2012, especificando que en cuanto a la discapacidad que presuntamente padece el señor Fredy Valencia, advierte que dicho exfuncionario no acreditó ante el Departamento de Casanare, ni Municipio de Yopal dicha condición de discapacitado tal y como se puede corroborar con el expediente administrativo allegado al expediente, razón por la cual no era dable tener en cuenta este aspecto como criterio de selección para mantenerlo desempeñando el cargo de provisionalidad. Igualmente respecto a la calidad de padre cabeza de familia del señor Fredy Valencia, aduce que tampoco se allegó ante el Departamento de Casanare y Municipio de Yopal prueba que demostrara dicha calidad, es más, resalta que los documentos que allegó con el libelo demandatorio no son suficientes, teniendo en cuenta que se evidencia que el demandante no probó la responsabilidad individual del hogar, ni que era la única persona de la cual sus hijos podrían derivar su sustento; lo anterior, debido a que tiene a su cargo la custodia de uno de sus hijos, por quien responde económicamente, pero su ex esposa tiene la custodia de su otra hija, razón por la cual no se configuran los requisitos legales y jurisprudenciales para que se constituya dicha situación jurídica. En último lugar tenemos la alegación de que el accionante se encontraba amparado por un fuero sindical al ser integrante principal de la organización – SINTRENAL, destacando que el único documento que aporta como soporte de dicha afirmación, carece de validez al no existir certeza de quien lo expide, ni firma de quien lo suscribe; aunado a lo anterior, sostiene que no obra en el expediente soporte que constate que se haya cumplido con el requisito de la notificación al empleador del cambio de la Junta Directiva en los términos del artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual, se entiende que en caso de haber existido, no surtió efecto; finalmente y en este mismo sentido trae a colación lo estatuido en los artículos 406 y 407 del Código Sustantivo de Trabajo relacionados con el amparo del fuero sindical, advirtiendo que de la lectura de dichas normas se concluye que dicha protección se otorga únicamente a los 5 primeros miembros principales y a los 5 primeros suplentes de la Junta Directiva del respectivo sindicato, razón por la cual y teniendo en cuenta el documento incompleto aportado con la demanda, el accionante se encontraba en décimo lugar como principal, por lo que no era posible otórgale dicha prerrogativa al no haber suplentes por cuanto las normas citadas son claras al no autorizar tal conducta.

De las excepciones propuestas por la demandada la Secretaría del Juzgado corrió traslado a la parte demandante como consta a folio 362 del c.1, sin que se hubiere efectuado pronunciamiento alguno.

Con auto del 17 de Mayo de 2013 (fls 364 y 365 c.1) se dispuso tener por contestada la demanda por el MUNICIPIO DE YOPAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA MUNICIPAL, reconociendo personería para actuar a la apoderada judicial de dicho ente territorial y conforme al artículo 180 del CPACA dispuso convocar a la práctica de AUDIENCIA INICIAL señalando fecha y hora para la misma.

Mediante proveído del 21 de Junio de 2013 (fls. 367 y 368), se dispone dejar sin efecto lo decidido en auto del 17 de Mayo del mismo año, teniendo en cuenta la necesidad de vincular al proceso al señor Hernán Torres Gutiérrez debido a que las resultados del proceso lo afectan directamente, al ser el funcionario que entró a reemplazar al hoy accionante en el cargo que se encuentra en disputa, razón por la cual se procedió a vincular al prenombrado ciudadano en calidad de Tercero con Interés, notificándole dicha decisión y corriéndosele el correspondiente traslado para que ejerciera su derecho a la defensa y contradicción.

Por auto del 30 de Agosto de 2013 (fls. 371 y 372), se tuvo por contestada la demanda por parte del MUNICIPIO DE YOPAL reconociéndole personería a su apoderada judicial, e igualmente se tuvo por No contestada por parte del Tercero con Interés señor Hernán Torres Gutiérrez; finalmente se fijó fecha y hora para la realización de la Audiencia Inicial contemplada en el artículo 180 del CPACA.

El día 27 de Noviembre de 2013 (fls 374 - 380 c.1.), se realizó **Audiencia Inicial** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del Proceso y Resolución de Excepciones Previas, en esta última etapa se declaró no probadas las excepciones denominadas "*Ineptitud de la Demanda*" y "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*", ante dicha decisión la apoderada judicial del Municipio de Yopal interpuso recurso de apelación exclusivamente sobre la alegación de Falta de Legitimación, procediendo a sustentarlo en debida forma; razón por la cual al reunirse los requisitos de ley se procedió a suspender la aludida diligencia y se concedió el recurso en el efecto suspensivo ante el Tribunal Administrativo de Casanare.

A través de proveído del 31 de Enero de 2014 (fl. 383), se dispuso el acatamiento de lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Casanare en providencia del 12 de

Diciembre de 2013, que confirmó la decisión adoptada por este Estrado Judicial en Audiencia Inicial celebrada el 27 de Noviembre de 2013, respecto a declarar No probada la excepción "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*" y en consecuencia en aras de regularizar la presente actuación se fijó igualmente fecha y hora para la Reanudación de la Audiencia Inicial.

El día 13 de Mayo del 2014, se efectuó la Reanudación de la Audiencia Inicial (fls. 385 a 391); dentro de la cual se dio cumplimiento a las demás etapas pertinentes consagradas en el artículo 180 del CPACA, destacando que se dispuso compulsar copias con destino a la Procuraduría con el fin de se analizara la conducta de los miembros del Comité de Conciliación del Municipio de Yopal, por no haberse allegado dentro de la diligencia la correspondiente acta contentiva de la decisión conciliatoria adoptada por dicho comité; finalizando dicha diligencia se fijó fecha y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas contemplada en el artículo 181 Ibídem.

Con auto de fecha 23 de Mayo de 2014 (fl. 412), se dispuso revocar la decisión adoptada en Audiencia Inicial, referente a la compulsa de copias a la Procuraduría General de la Nación para que se investigara la conducta de los miembros del Comité de Conciliación del Municipio de Yopal, dadas las circunstancias especiales indicadas por la apoderada judicial de dicho ente territorial; no obstante lo anterior, se le llamó la atención a la profesional del derecho del Municipio de Yopal para que cumpliera en debida forma el mandato encomendado.

El 3 de Julio de 2014 se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** (fls 413 - 416 c.1.), que básicamente giró alrededor de: a) *Incorporación de prueba documental solicitada por la parte actora*; b) *Incorporación de prueba documental solicitada por la entidad demandada*; c) *Incorporación de prueba documental decretada de oficio por el Juzgado*; y c) *Convocatoria para la realización de la audiencia de alegatos y juzgamiento*; precisando que con base en el inciso final del artículo 181 del CPACA se consideró innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en consecuencia, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podría presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferiría dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento +del término concedido para alegatos.

SÍNTESIS DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls 419 - 430 c.1.).

En su memorial de alegatos finales, inicialmente hace un recuento de las pretensiones y hechos expuestos en la demanda, reiterando que el acto administrativo Resolución No. 0785 del 13 de Junio de 2012, se encuentra viciado de nulidad acorde con las siguientes consideraciones:

Destaca que el Departamento de Casanare, gestionó la provisión de empleos mediante concurso de méritos, convocada a través de la Aplicación IV de la Convocatoria No. 001 de 2005, realizándolo dentro de su ámbito de competencia; como consecuencia de lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 1382 del 20 de Abril de 2012 "Por el cual se conforma listas de elegibles para promover unos empleos de carrera de la entidad GOBERNACIÓN DE CASANARE".

Acorde con lo anterior, recuerda que a partir del 25 de Enero de 2010 se formalizó la entrega de la Administración del Servicio Educativo al Municipio de Yopal por parte del Departamento de Casanare y en consecuencia en lo que concierne al caso particular del señor Fredy Valencia, dicha situación conllevó a que tal funcionario se desvinculara legalmente de la Gobernación y se vinculara por otro lado al Municipio de Yopal, resaltando que el mencionado ciudadano tomó posesión del cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO en provisionalidad ante el Despacho del Asesor de Educación y Cultura Municipal de Yopal, solo hasta el 1º de Febrero de 2010, de conformidad con Resolución y Acta de Posesión No. 0029 de la mencionada fecha; es decir que el señor Fredy Valencia, no pertenecía a la planta de personal de la Gobernación de Casanare, cuando se conformó la lista de elegibles (20 de abril de 2012), por cuanto ya estaba vinculado legalmente a la administración municipal; aunado a lo anterior, afirma que el Departamento de Casanare al momento de hacer entrega del servicio educativo al Municipio de Yopal, en ningún momento puso en conocimiento de la existencia de la convocatoria No. 01 de 2005, razón por la cual, la Administración Municipal estaba en el deber constitucional y legal de convocar a concurso público la vacante del cargo de carrera denominado Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 que venía desempeñando en provisionalidad el señor Fredy Valencia y por ende no podía desvincularlo de conformidad con la Resolución No.

1382 de 2012, ya que dicha lista de elegibles se expidió para la entidad territorial convocante Gobernación de Casanare y no para otra entidad.

En este orden de ideas, concluye que fue la Administración Departamental quien convocó a concurso público cuando tenía plazas vacantes ocupadas en provisionalidad, las cuales debían ser provistas mediante el sistema de concurso público; sin embargo, al entregar el Departamento de Casanare al Municipio de Yopal la administración del servicio de educación pierde competencia y en consecuencia al no existir vacancias definitivas, la Gobernación debió convocar nuevamente o declararlas desiertas y el Municipio de Yopal debió convocar de forma autónoma su propio concurso.

Por otro lado, reitera que la decisión de desvinculación del señor Fredy Valencia adoptada en la Resolución 785 de 2012, provino y/o se derivó de una carta de fecha 7 de Mayo de 2012, suscrita por la Secretaria de Educación Departamental de Casanare y dirigida al Secretario de Educación Municipal de Yopal, en donde se indica a la Administración Municipal el deber de proceder al nombramiento en periodo de prueba de todos los funcionarios que aparecen en la citada resolución, una vez que la lista quede en firme y que la CNSC la publique en su página. En este sentido, señala que de esta forma la administración Departamental suple o reemplaza el acto de incorporación – no incorporación, omitido, con oficio (carta), dirigido a la Administración Municipal e indica a cada uno de los empleados que desea retirar, expresándoles su voluntad de retiro y determinando la fecha singular de su retiro individual; así mismo, señala que el oficio (carta) o comunicación de retiro, supletoria o sustitutiva, por parte del Departamento de Casanare se constituye en el único acto por el cual la administración Municipal determina en forma singular y personal el retiro del empleado y su fecha, lo cual constituye un evento atípico, por cuanto se expidió el acto de incorporación – no incorporación como medio jurídico para determinar en forma personal e individual el retiro, la extinción de la relación laboral subjetiva por parte de la Secretaría de Educación de Casanare.

Concluye sosteniendo que la entidad municipal tomó la decisión de desvincular al hoy demandante, sin estar facultada legal y constitucionalmente para expedir dicha resolución, pues el artículo 25 y 31 de la Ley 909 de 2004; artículo 7.1 de la Ley 715 de 2001; decreto 012 de 2010; 1494 de 2005 y la jurisprudencia C-040 de 1995 – SU-913 de 2009 entre otras, establecen unas reglas para vincular y desvincular personal vacante en los cargos de carrera, en concordancia con el artículo 125

constitucional que obliga a convocar a concurso público cuando se presenta vacantes en los cargos de carrera, requisitos sustanciales, que sin el lleno de estos violan el reglamento, la ley y la constitución.

El Municipio de Yopal, el Tercero con Interés y el señor agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho, guardaron silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 3° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem), teniendo en cuenta que las excepciones previas fueron debidamente resueltas en la Audiencia Inicial y aquellas denominadas de fondo o mérito se resolverán de forma expresa o tácita a lo largo de la presente providencia.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Se trata de determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0785 del 13 de Junio de 2012 (por medio de la cual se da por terminada la vinculación provisional del señor Fredy Valencia en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06), expedido por el Secretario del Despacho (C) de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal, se encuentra viciado de nulidad y procede su restablecimiento, o si por el contrario, dicho acto administrativo fue dictado acorde con la normatividad vigente que regula dicha materia.

¿QUE SE ENCUENTRA PROBADO EN EL PROCESO?

.- Copia de la Resolución No. 0785 del 13 de Junio de 2012 (fls. 17 y 18 c.1.), expedido por el Secretario de Educación y Cultura Municipal de Yopal, mediante el cual se

nombró en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa al señor Hernán Torres Gutiérrez para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, ubicado en la Institución Educativa Técnico Empresarial El Yopal e igualmente como consecuencia de lo anterior, se dispuso dar por terminado la vinculación provisional del señor Fredy Valencia, quien fuere nombrado mediante Resolución No. 029 del 2 de Octubre de 1989.

.- Certificación Laboral No. 130.07.1 de fecha 23 de Septiembre de 2011 (fl. 19 c.1.), expedida por el Secretario de Despacho- de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal, en la cual señala:

"Que VALENCIA FREDY, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.656.527 de Yopal Casanare, pertenece a la Planta de Personal administrativo de la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal, financiada con Recursos del Sistema General de Participaciones.

Nombrado provisionalmente por la Coordinación Nacional de Educación Contratada de Casanare, como AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, mediante Resolución No. 029 del 02 de Octubre de 1989 y acta de Posesión del 02 de Octubre de 1989, Código 6035 Grado 01.

Mediante Resolución No. 04424 del 25 de Abril de 1990, el Ministerio de Educación Nacional, ratifica el nombramiento provisional en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, Código 6035 Grado 01, según resolución No. 029 del 02 de Octubre de 1989.

Según Resolución No. 8817 del 09 de Diciembre de 1994 y acta de Posesión del 21 de Febrero de 1995, se nombra provisionalmente en el cargo de Ayudante de Oficina, Código 5155 Grado 05, en la Oficina de Coordinación Nacional Contratada de Casanare.

Con Decreto No. 0029 del 20 de Febrero de 2001, se incorpora a la planta de cargos establecida para la Secretaría de Educación del Departamento de Casanare, de la Educación Nacional Contratada.

Mediante Decreto No. 0451 del 30 de Mayo de 2008 y acta de Posesión del 30 de Mayo de 2008, se homologa en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, código No. 407 grado 06, de conformidad con el Decreto No. 0295 del 30 de Mayo de 2008, donde se homologa y nivelan salarialmente, los cargos administrativos de la Secretaria de Educación y Establecimientos Educativos del Departamento de Casanare.

Que de acuerdo a lo establecido en el decreto No. 012 del 29 de enero de 2010, se adoptó la planta de empleos del personal Docente, Directivo Docente y Administrativo, para la prestación del Servicio Educativo en el Municipio de Yopal, financiada con Recursos del Sistema General de Participaciones.

Que Según resolución No. 0029 del 01 de Febrero de 2010 y modificada con resolución No. 0086 del 16 de Febrero de 2010, se incorpora sin solución de continuidad, a la planta de personal docente, Directivo y/o Administrativo del Municipio de Yopal.

Actualmente labora en el Instituto Educativo Técnico Empresarial del Municipio de Yopal (...)"

.- Copia de un comprobante de pago de fecha 12 de Julio de 2010 (fl. 20 c.1.), expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Yopal, correspondiente al señor Fredy Valencia quien ostenta el cargo de Auxiliar Administrativo, respecto a los meses de Mayo y Junio del año 2010.

.- Copia de una “CONSTANCIA DE DEPOSITO CAMBIO DE JUNTAS DIRECTIVAS”, de fecha 17 de Julio de 2009 (fl. 21 c.1.), suscrita por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de Yopal y el Depositante, donde se hace referencia al sindicato de Trabajadores y Empleados de la Educación SINTRENAL Seccional Casanare, destacando que el señor Fredy Valencia aparece como integrante de dicho sindicato en el cargo de “SRIA. AS. COOP D.H.”

.- Copia del acta de posesión No. 0029 fechada 1º de Febrero de 2010 (fl. 22 c.1.), en donde consta que el señor Fredy Valencia tomó posesión del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 6 de la Planta de Personal Administrativa del Municipio de Yopal, el cual fue incorporado en provisionalidad.

.- Copia de la historia clínica del señor Fredy Valencia de fecha 13 de Agosto de 2012 (fls. 23 a 26, 34 y 35 c.1.), expedida por el Hospital Universitario San Ignacio.

.- Copia del dictamen No. 9656527 del 22 de Marzo de 2012 (fls. 28 a 32 c.1.), expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, donde se determinó que el señor Fredy Valencia tuvo una pérdida de la capacidad laboral del 17,40%; e igualmente obra copia de un *informe técnico – relación médico legal* de fecha 18 de Mayo de 2010 (fl. 33 c.1.), proferido por la Dirección Regional Oriente – Seccional Casanare – Sede Yopal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante el cual se le efectuó una valoración al señor Fredy Valencia.

.- Copia auténtica del acta de la Audiencia de Conciliación y Trámite de fecha 19 de Julio de 2010 (fls. 36 a 39 c.1.), celebrada ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal – Casanare, mediante la cual se aprobó el acuerdo conciliatorio a que llegaron los señores Aura Lina Rodríguez Mena y Fredy Valencia, respecto a la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico y la declaratoria de disolver y permanecer en estado de liquidación la Sociedad Conyugal.

.- Copia auténtica del registro de nacimiento de Arnol Yesid Valencia Rodríguez (fl. 40 c.1.), donde se demuestra su parentesco en segundo grado con el demandante.

.- Copia de un Acta de Conciliación con Acuerdo de fecha 22 de Junio de 2012 (fls. 41 a 43 c.1.), celebrada ante la Fiscalía 19 SAU de Yopal, mediante la cual los señores Aura Lina Rodríguez Mena y Fredy Valencia llegaron a un acuerdo respecto a una deuda por concepto de alimentos e igualmente se distribuyeron la custodia de su hijos y los correspondientes gastos.

.- Copia de la Circular Conjunta 032 del 3 de Agosto de 2012 (fls. 45 y 46 c.1.), proferido por el Ministro del Trabajo y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, cuyo asunto fue: *“Retiro empleados vinculados mediante nombramiento provisional regulados por la Ley 909 de 2004.”*.

.- Copia del acta de Conciliación Prejudicial y la Constancia expedida por el Procurador 53 Judicial II Administrativo (fls. 68 a 70 c.1.), mediante el cual se acredita el agotamiento del requisito de procedibilidad por parte del señor Fredy Valencia.

.- Copia de la Resolución No. 10702 del 29 de Diciembre de 2009 (fls. 101 y 102 c.1.), expedida por la Viceministra de Educación Preescolar, Básica y Media Encargada de las Funciones del Despacho de Ministra de Educación Nacional, *“Por la cual se reconoce el cumplimiento de requisitos por parte del Municipio de Yopal, Departamento de Casanare, para asumir la administración del servicio público educativo.”*

.- Copia del “ACTA DE FORMALIZACION DE LA ENTREGA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO AL MUNICIPIO DE YOPAL POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE” de fecha 25 de Enero de 2010 (fls. 103 a 108 c.1.), suscrito por el Secretario de Educación Departamental de Casanare y la Alcaldesa del Municipio de Yopal.

.- Copia del Decreto No. 012 del 29 de Enero de 2010 (fls. 109 a 112 c.1.), expedido por la Alcaldía Municipal de Yopal, *“Por el cual se adopta la planta de empleos del personal docente, directivo docente y administrativo para la prestación del servicio educativo en el municipio de Yopal, financiada con recursos del sistema general de participaciones”*, donde se destaca que en la planta de personal administrativo existen 9 cargos de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 10 y 7 cargos de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06.

.- Copia de la Resolución No. 1382 del 20 de Abril de 2012 (fls. 113 a 116 c.1.), proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, "Por la cual se conforman listas de elegibles para proveer unos empleados de carrera de la entidad GOBERNACIÓN DEL CASANARE-, convocados a través de la Aplicación IV de la Convocatoria N° 001 de 2005; donde se advierte que en el artículo 3° y 6°, establece:

"ARTICULO 3. Conformar la lista de elegibles para proveer (12) vacante (s) del empleo señalado con el No. 51011, ofertada en el Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005.

Entidad	GOBERNACIÓN DEL CASANARE
Cargo	AUXILIAR ADMINISTRATIVO – 407 – 6
Convocatoria No.	001
Fecha	
Convocatoria	05/12/2005 12:00:00 a.m.
No. OPEC	51011

Posición	Puntaje	Tipo.Doc	Doc. Identidad	Nombre
1	60.65700000	C	46375897	EMILCE YANNETH RODRIGUEZ PATIÑO
2	60.16300000	C	23827534	NAIDI TABACO VARGAS
3	53.69500000	C	79276389	HERNÁN TORRES GUTIÉRREZ"

(...)

ARTICULO 6. Conformar la lista de elegibles para proveer (1) vacante (s) del empleo señalado con el No. 51273, ofertada en el Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005.

Entidad	GOBERNACIÓN DEL CASANARE
Cargo	AUXILIAR ADMINISTRATIVO – 407 – 6
Convocatoria No.	001
Fecha	
Convocatoria	05/12/2005 12:00:00 a.m.
No. OPEC	51273

Posición	Puntaje	Tipo.Doc	Doc. Identidad	Nombre
1	58.84500000	C	74810335	JHON JARLIZ PARRA MARTÍNEZ"

.- Copia de un "INSTRUCTIVO" de fecha 26 de Agosto de 2010 (fls. 117 a 120 c.1.), proferida por el Despacho de la Comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil y dirigida a representantes legales y jefes de talento humano de las entidades que hacen parte del sistema general de carrera, relacionado con la "Publicación, Comunicación y Firmezas de las Listas de Elegibles Conformadas por la CNSC en el Marco de la Convocatoria 001 de 2005".

.- Copia de la "CARTA" No. 600 1379 de fecha 7 de Mayo de 2012, suscrita por la Secretaria de Educación de Casanare (c) y dirigida al Secretario de Educación del Municipio de Yopal, mediante la cual le manifiesta:

"Teniendo en cuenta el Proceso que adelanta la CNSC con relación a la Convocatoria No. 001 de 2005, me permito informarle que la CNSC publicó en su página Web la Resolución No. 1382 del 20 de Abril de 2012, donde "se conforman listas de elegibles para proveer unos empleos de carrera de la entidad Gobernación de Casanare, convocados a través de la Aplicación IV de la Convocatoria No. 001 de 2005" y, algunos empleos pertenecen a la Planta Global de Personal Financiada con recursos del SGP que fue entregada al Municipio de Yopal, cuando se certificó para recibir la Educación (se adjunta copia de la Resolución No. 1382 CNSC).

La Gobernación de Casanare reportó en el año 2009 a la CNSC, las vacancias de Provisionalidad de la Planta Global de Personal financiada con recursos del SGP, dando cumplimiento a lo ordenado por Ley; por lo tanto, las Resoluciones de conformación de Listas de Elegibles para proveer empleos de carrera, salen a nombre de la Gobernación de Casanare; al respecto, la CNSC nos informa que se les debe comunicar a través de oficio las plazas que deben ser ocupadas por las personas que ganaron el Concurso de Méritos y que entraron a conformar la lista de elegibles, dado que cuando se ofertó la OPEC aún los cargos pertenecían a la Gobernación de Casanare.

Por lo anterior, la Administración Municipal debe proceder al Nombramiento en Periodo de Prueba de los funcionarios que aparecen en la citada Resolución, una vez quede la Lista en Firme y que la CNSC la publique en su página.

Los empleos a proveer mediante la Resolución No. 1382, son:

1. Artículo 3, Empleo señalado con el número 51011, ofertado en el Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005.

Cargo: Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, EMILCE YANNETH RODRÍGUEZ PATIÑO, identificada con C.C. No. 46.375.897 reemplaza a RODRÍGUEZ MENA AURA LINA, identificada con C.C. No. 47.430.521.

Cargo: Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, HERNÁN TORRES GUTIÉRREZ, identificado con C.C. No. 79.276.389 reemplaza a VALENCIA FREDY, identificado con C.C. No. 9.656.527. (...)"

.- Copia de la Hoja de Vida y/o expediente administrativo del señor Fredy Valencia, aportada por la apoderada judicial del Municipio de Yopal (fls. 124 a 359), destacando los siguientes documentos:

- Oficio con fecha de radicado 21 de Junio de 2011 (fl. 352 c.1.), suscrito por el señor Fredy Valencia y dirigido al Jefe de Personal de la Secretaría de Educación Municipal, mediante el cual se informa:

"En mi condición de empleado Público en Provisionalidad, amparado en el principio constitucional de protección reforzada le informo que soy beneficiario de la Ley aprobada por el Congreso de la República "por medio el cual se implementa el Reten

Social que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables” y/o del Acto Legislativo “por medio el cual se incorpora una Artículo transitorio a la constitución política de Colombia” por la siguiente (s) razón (es):

(...)

Estoy en condición de discapacidad física.

Sufro una enfermedad que implica tratamiento médico continuo y permanente

(...)

A 31 de diciembre del 2010 llevaba laborando más de cinco años en provisionalidad por la omisión del estado.

(...)

Por tal razón (es) les solicito con el debido respeto notificar mi condición (es) a la comisión nacional del servicio civil, con el fin que se tomen los correctivos necesarios.”

- Copia incompleta del Oficio No. 130.26 0927 9751 del 11 de Julio de 2011 (fl. 353), mediante el cual aparentemente la Secretaría de Educación está dando contestación al oficio radicado el 21 de Junio de 2011 por el señor Fredy Valencia.

.- Oficio No. 130.47 de fecha 30 de Mayo de 2014 (fl. 8 c. de pruebas), suscrito por el Secretario de Despacho (C) Secretaría de Educación y Cultura Municipal, mediante el cual da constatación a un requerimiento efectuado por el Despacho a través de oficio No. SJ S AY- 00694-2012-00110-00, informando lo siguiente:

“El cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 es de carrera administrativa.

El concurso de méritos para proveer dicho cargo ya se realizó.

Al respecto es preciso señalar:

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, mediante Convocatoria No. 001 de 2005, y con fundamento al reportó en el año 2009 de las vacaciones en provisionalidad de la Planta Global del Personal financiado con recursos del Sistema General de Participaciones – SGP realizado por parte de la Gobernación de Casanare, convocó a concurso abierto de méritos los empleos en vacancias definitivas provistos o no mediante nombramiento provisional o en encargo.

Una vez cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 1382 del 20 de abril de 2012, “mediante la cual se conforman listas de elegibles para proveer unos empleos de carrera de la GOBERNACION DE CASANARE, convocados a través de la aplicación IV de la Convocatoria No. 001 de 2005”, según lo dispuesto en el Acuerdo No. 25 del 18 de julio de 2008.

Que algunos de esos empleos reportados pertenecen a la Planta Global del Personal financiada con recursos del SGP que fue entregada por el departamento de Casanare al Municipio de Yopal en el año 2010, año para el cual esta Entidad Territorial asumió la administración del servicio público educativo, de conformidad con la certificación expedida por el Ministerio de Educación, para asumir la administración del servicio público educativo.

Es importante señalar, que los grados del empleo Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, según el Decreto No. 0051 del 21 de Mayo de 2013 "Por medio del cual se homologan y se nivelan salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación Municipal financiados con Recursos del Sistema General de Participaciones", quedo de la siguiente manera: Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 05.

Así mismo, y previa revisión de la historia laboral del exfuncionario Fredy Valencia, me permito informarle que no reposa documento alguno del trámite adelantado sobre solicitud de permiso a la CNSC para llenar dicha vacante. Al respecto, cabe señalar que el Coordinador Nacional de la Educación Contratada mediante Resolución No. 029 del 02/10/1989 nombró provisionalmente al señor Fredy Valencia, que dicho nombramiento fue ratificado por el Ministerio de Educación Nacional según Resolución No. 04424 de 1990."

.- Copia del acta de posesión No. 0093 de fecha 21 de Junio de 2012 (fl. 19 c. de pruebas), donde consta que el señor Hernán Torres Gutiérrez se presentó ante el Despacho del Secretario de Educación y Cultura Municipal de Yopal, con el fin de tomar posesión en periodo de prueba del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, de la Planta de Personal del Municipio de Yopal, de conformidad con Resolución No. 0785 del 13 de Junio de 2012.

.- Copia de la Resolución No. 0234 del 11 de Febrero de 2013 (fls. 21 y 22 c. de pruebas), expedida por el Secretario de Despacho (C) de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal, "*Por medio de la cual se hace un nombramiento en propiedad a algunos funcionarios en la planta global de personal administrativo, financiado con recursos del Sistema General de Participaciones*", dentro de los cuales se encuentra el señor Hernán Torres Gutiérrez en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 en la Institución Educativa "TÉCNICO EMPRESARIAL EL YOPAL"; igualmente se allega copia del acta de posesión No. 0188 del 11 de Febrero de 2013, del mencionado ciudadano en el cargo ya referenciado.

.- Copia del Decreto No. 0051 del 21 de Mayo de 2013 (fls. 24 y 25 c. de pruebas), expedido por el Alcalde Municipal de Yopal (E), "*Por medio del cual se homologan y se nivelan salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación Municipal financiados con recursos del Sistema General de Participaciones*", destacando que el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, se homologó al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05 del Nivel Asistencial.

.- Oficio No. 130.47 del 5 de Junio de 2014 (fl. 28 c. de pruebas), expedido por el Secretario de Despacho (C) de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal, mediante el cual se remite copia auténtica de los documentos relacionados con el

expediente administrativo del señor Fredy Valencia (fls. 29 a 52 c. de pruebas), de los cuales se destacan:

- Copia de la Resolución No. 1393 del 11 de Septiembre de 2006 (fl. 36 c. de pruebas), expedido por el Secretario de Educación y Cultura Municipal de Yopal, mediante la cual se reubicó al señor Fredy Valencia – Auxiliar Administrativo Código 550, Grado 05 de la Secretaría de Educación – Educación Contratada – Sistema General de Participaciones, al Instituto Técnico Empresarial del Municipio de Yopal.
- Copia del Decreto No. 0295 del 30 de Mayo de 2008 (fls. 37 a 40 c. de pruebas), expedido por el Gobernador de Casanare, “Por medio del cual se homologan y se nivelan salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación financiados con recursos del Sistema General de Participaciones”, destacando que el cargo de Ayudante de Oficina Código 5155-05, se homologó al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407-06 del Nivel Asistencial.
- Copia del Decreto 0451 de fecha 30 de Mayo de 2008 (fls. 41 y 42 c. de pruebas), expedido por el Gobernador de Casanare, “Por medio del cual se asigna la correspondiente denominación, código, grado y asignación mensual determinado en la planta de cargos homologada al personal administrativo del sector educativo financiado con recursos del Sistema General de Participaciones en el Departamento de Casanare”, resaltando que al señor Fredy Valencia se le asignó el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 06; igualmente se allega copia del acta de posesión del aludido cargo (fl. 43 del c. de pruebas).
- Copia de la Resolución de Incorporación No. 0029 del 1º de Febrero de 2010 (fls. 44 a 46 y 177 a 199 c. de pruebas), expedido por el Asesor de Educación Municipal de Yopal, “*Por la cual se incorpora el personal docente, directivo docente y administrativo a la planta de cargos adoptada por el Municipio de Yopal, en cumplimiento del artículo 10º del Decreto 3940 de 2007*” destacándose que en el artículo 1º dentro del acápite “**3. PLANTA ADMINISTRATIVA**”, en el consecutivo No. 23 se encuentra el señor Fredy Valencia en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 06 con un tipo de vinculación – PROVISIONAL; igualmente se allega copia del acta de posesión No. 0029 del

1º de Febrero de 2010 (fl. 47 c. de pruebas), mediante la cual el señor Fredy Valencia tomó posesión del cargo ya referenciado.

- Resolución No. 0086 del 16 de Febrero de 2010 (fls. 48 y 49 c. de pruebas), expedida por el Asesor de Educación Municipal de Yopal, *“Por medio de la cual se aclara la Resolución No. 029 del Primero de Febrero de 2010”*.

.- Copia del Decreto No. 100 del 9 de Noviembre de 2010 (fls. 54 al 166 c. de pruebas), expedido por la Alcaldesa Municipal de Yopal, *“Por el cual se ajusta el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Yopal”*, relacionándose las funciones del Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 en los folios 152 a 154 del cuaderno de pruebas.

.- Oficio con radicado de salida: 2014EE 18830 del 12 de Junio de 2014, suscrito por el Coordinador Provisión Empleo Público de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual se da contestación al oficio No. SJ S AY-00695-2012-00110-00 del 13 de Mayo de 2014 proferido por este Estrado Judicial, señalando lo siguiente:

“Para dar trámite al contenido de su petición se precisa que el artículo 125 de nuestra Carta Política establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, y para lograr dicho cometido se le fijó a esta Comisión Nacional en el artículo 30 ibídem la competencia para administrar y vigilar la carrera administrativa, en los términos establecidos en la ley 909 de 2004.

En este sentido, la CNSC a fin de dar cumplimiento a la Constitución Política y al artículo transitorio de la Ley 909 de 2004, convocó a concurso mediante Convocatoria 001 de 2005, los empleos del sistema general de carrera que se encontraran en vacancia definitiva o desempeñados por servidores en calidad de provisionales o en encargo, a fin de que los mismos fueran provistos de manera definitiva, para lo cual expidió la Circular 074 de 2009 mediante la cual se fijó la obligación para que las entidades regidas por la citada Ley reportaran los empleos que cumplieran con la condición señalada.

*En cumplimiento de la orden impartida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Municipio de Yopal reportó a la OPEC de la Convocatoria 001 de 2005, dos (2) empleos denominados Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 05, los cuales corresponden al número OPEC **29878**, para el cual se conformó lista de elegibles mediante la Resolución No. 1288 de 18 de abril de 2012 y **29879**, para el cual fue declarado desierto su concurso a través de la Resolución No. 454 de 22 de febrero de 2013.*

No obstante lo anterior, no es posible que esta Comisión Nacional certifique si los empleos denominados Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 05, reportados a la OPEC e identificados con los números OPEC 29878 Y 28979, corresponden al empleo que al parecer estaba desempeñando el señor Fredy Valencia en calidad de provisional.

Igualmente, no es posible que esta Comisión Nacional suministre copia auténtica de la documentación solicitada teniendo en cuenta que la información de los empleos reportados por el Municipio de Yopal se realizó a través del aplicativo dispuesto para tal fin, al cual tenían acceso las entidades con el respectivo usuario y contraseña. (...)

.- Se advierte que los documentos obrantes a folios 201 a 206 del cuaderno de pruebas no serán tenidos en cuenta, ni valorados por este Estrado Judicial, debido a que se allegaron de forma extemporánea.

Análisis a los medios probatorios allegados al proceso:

De las pruebas allegadas al plenario, se extracta como aspectos relevantes lo siguiente:

1. El señor FREDY VALENCIA fue nombrado provisionalmente por la Coordinación Nacional de Educación Contratada de Casanare en el año 1989 en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 6035 Grado 01; posteriormente dicho nombramiento fue ratificado por el Ministerio de Educación Nacional en el año 1990; consecutivamente se designó en el año 1994 en el cargo de Ayudante de Oficina, Código 5155 Grado 05 a través de la misma modalidad y por el mismo Ministerio; seguidamente en el año 2001 se incorporó dicho funcionario a la planta de cargos establecida en la Secretaría de Educación del Departamento de Casanare en el cargo de Ayudante de Oficina; estando vinculado a la precitada planta territorial del orden departamental, en el año 2008 se le homologa en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 06; con ocasión de la transición y/o traspaso de la administración del servicio de la educación del Departamento de Casanare al Municipio de Yopal, en el año 2010, se dispuso la incorporación del mencionado funcionario a la planta de personal del Municipio de Yopal, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, destacando que su tipo de vinculación fue en "Provisionalidad"; finalmente se advierte que estando en dicho cargo, la administración municipal de Yopal mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. 078 del 13 de Junio de 2012 da por terminada la vinculación provisional del señor Fredy Valencia.
2. Se determinó que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante convocatoria No. 001 de 2005, convocó a concurso abierto de méritos los empleos en vacancias definitivas provistos o no mediante nombramiento provisional o encargo; para lo cual solicitó a las distintos entes territoriales que reportaran

aquellos cargos que se encontraban en dicha situación; en este sentido, aparentemente el Departamento de Casanare en el año 2009 remitió la correspondiente relación tanto de las vacancias en provisionalidad de la Planta Global del Personal financiado con recursos del Sistema General de Participaciones SGP (planta de personal que posteriormente fue entregada en el año 2010 al municipio de Yopal para su correspondiente administración) como aquellos empleos de carácter permanente o propio de dicho ente territorial; sin embargo, se resalta que en el presente proceso no se pudo comprobar cuántos de esos cargos pertenecían al primer grupo mencionado y cuantos al otro.

Con ocasión del mencionado concurso se profirió la Resolución No. 1382 del 20 de Abril de 2012, *“Por la cual se conforman listas de elegibles para proveer unos empleos de carrera de la entidad GOBERNACIÓN DEL CASANARE-, convocados a través de la Aplicación IV de la Convocatoria N° 001 de 2005”*, resaltando que en el artículo 3° de dicho acto administrativo se contempla lista de elegibles para proveer 12 vacantes del cargo “Auxiliar Administrativo – 407 – 6” (precisando que se solo se enuncian 3 ciudadanos ubicados en las posiciones N° 1. Emilce Yanneth Rodríguez Patiño, 2. Naidi Tabaco Vargas y 3. Hernán Torres Gutiérrez, para dichos cargos) e igualmente en el artículo 6° se hace mención de otra lista de elegibles para proveer 1 cargo de “Auxiliar Administrativo – 407 – 6” (precisando que solo se enuncia el nombre del ciudadano Jhon Jarliz Parra Martínez para dicho cargo); sin embargo, se reitera que se desconoce cuántas de dichas vacantes corresponden a la planta de personal que fue traspasada y/o cedida al Municipio de Yopal y aquellas que son propias del Departamento de Casanare.

3. Según certificación expedida por el Municipio de Yopal, se informó al Despacho que el cargo denominado Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 06, es un empleo de carrera administrativa; así mismo, advierte que no obra en el historial del señor Fredy Valencia constancia alguna de la cual se desprenda que respecto del mencionado cargo, se hubiere efectuado solicitud y/o permiso ante la CNSC para llenar dicha vacante.
4. Actualmente el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 06, se encuentra ocupado en propiedad por el señor Hernán Torres Gutiérrez (desde el 11 de Febrero de 2013), quien integraba la lista de elegibles determinada en la Resolución No. 1382 del 20 de Abril de 2012; precisando que actualmente el grado de dicho empleo fue modificado al 05.

5. Dentro del expediente administrativo y/o hoja de vida del señor Fredy Valencia, aportada por la entidad demandada, no se evidencia sustento probatorio que acredite que efectivamente el mencionado ciudadano hubiere probado ante la administración municipal estar incurso en las situaciones excepcionales y/o causales establecidas en el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto N° 1894 del 11 de Septiembre de 2012, que modificó el artículo 7º del Decreto N° 1227 de 2005.

Acorde con lo anterior, surgen los siguientes interrogantes: *¿ El actor por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera, le cobijaba alguna estabilidad relativa?, ¿Es aplicable al caso en concreto lo estatuido en el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto N° 1894 del 11 de Septiembre de 2012, que modificó el artículo 7º del Decreto N° 1227 de 2005.?*

LEGALIDAD, JURISPRUDENCIA Y DECISIÓN AL CASO ANALIZADO

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º) ...”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

La Ley 909 de 2004, expedida el 23 de septiembre de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, dispone:

“Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a)...
...

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

...

Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

Referente a la provisión de cargos y su terminación, el Decreto 1227 de 2005, establece:

“Artículo 7°. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los

mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Parágrafo 2°. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: (Subraya del Juzgado)

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical°.

Artículo 8°. *Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

Parágrafo transitorio. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. Ver Circular de la Comisión Nal. del Servicio Civil 03 de 2005, Ver Circular de la C.N.S.C. 08 de 2005

Artículo 9°. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. *Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”*

Conforme a lo estatuido en las normas que regentan las formas de relaciones de trabajo, existen tres (3) tipos de vinculaciones con entidades del estado: a) De los empleados o servidores públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

En el presente evento, la situación se encuadra en el literal a) por la calidad de servidor público que ostentaba el señor FREDY VALENCIA al haber sido nombrado en provisionalidad el 1º de Febrero de 2010 para un cargo de planta del Municipio de Yopal específicamente el de Auxiliar Administrativo código 407, grado 06, posesionándose en la misma fecha; por lo tanto, se debate la legalidad de lo consignado en la resolución que da por terminada la relación laboral a través del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0785 del 13 de Junio de 2012, mediante el cual se nombró en periodo de prueba al señor Hernán Torres Gutiérrez en el aludido cargo (al haber quedado en lista de elegibles para proveer el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06) y en consecuencia se declaró terminada la vinculación provisional del señor Fredy Valencia.

Sobre esta materia se advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha analizado la normatividad respecto a los tipos de vinculación con entidades del Estado, concluyendo que no existe un linaje del funcionario en provisionalidad, sino que ésta es un producto de la regulación de la legislación y normas reglamentarias, para ello, examina la provisionalidad desde sus albores, hasta la normatividad vigente realizando un análisis pormenorizado de la ley 909 de 2004 y el decreto 1227 de 2005, de lo cual se extracta como relevante – para el caso analizado - lo siguiente:

“...La Ley 909 de 2004 señala en su artículo 1º, que su objeto es la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos reguladores de la gerencia pública y señala que los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales hacen parte de la Función Pública. En su artículo 3º describe en forma taxativa sus destinatarios.

El artículo 23 de la normatividad en cita señala que las clases de nombramientos son: ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, de acuerdo a si se trata de empleo de libre nombramiento y remoción o de carrera.

^{1 1} C.E. Sección Segunda. Sentencia del 1º de marzo de 2012. Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado No. 15001-23-31-000-2001-01612-01 (0768-11). Actor: José Agustín Díaz Leandro. Ddo. Municipio de Toca (Boyacá).

En su artículo 24 en cuanto al encargo dispone, que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera y una vez convocado el concurso, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados, previa acreditación de requisitos, aptitudes y habilidades, situación que no puede superar los 6 meses, este encargo debe recaer en empleado inferior. En el caso de empleos de libre nombramiento y remoción, cuando se trate de vacancia temporal o definitiva, procede el encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento, y en el caso de vacancia definitiva el término del encargo es de 3 meses, vencido el cual se debe proveer en forma definitiva.

En el artículo 25 establece, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en **forma provisional**, "sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".

El Parágrafo 2º del artículo 41 prescribe, que el retiro de los empleos de carrera debe efectuarse por acto motivado y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto no motivado.

El artículo 42 establece las causas por las cuales se pierden los derechos de carrera, dentro de las que se encuentran el retiro, por las causales previstas en el artículo anterior y la posesión en cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado comisión. Señala que no se pierden los derechos de carrera si el empleado toma posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

A su turno, el **Decreto 1227 de 2005** reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales.

El artículo 1º del decreto en mención define el empleo temporal como aquel creado en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento; está sujeto a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad; el estudio técnico debe contar con concepto previo favorable del DAFP y su régimen salarial y prestacional será el corresponde a los empleos de carácter permanente. Como lo informa su artículo 4º, el nombramiento se debe efectuar teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, mediante acto administrativo con indicación del término de duración, que una vez vencido, implica su retiro automático, teniendo en cuenta, según su artículo 3º, las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y si no existen, la Entidad realizará un proceso de evaluación del perfil.

En el Parágrafo Transitorio de su artículo 8º en cuanto a los **empleados provisionales** dispuso, que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; **dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los 6 meses**, término dentro del cual se debe convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Esta norma fue modificada por el **Decreto 3820 de 2005**, en el sentido de establecer la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. Este último a su vez, se modificó por el **Decreto 1937 de 2007**, que amplió el espectro de la prórroga, señalado que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera. Seguidamente por medio del **Decreto 4968 de 2007**, la norma sufrió variación en

el sentido de que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud y si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso. Especificó las vacancias temporales que no requieren de autorización de la Comisión y agregó que tampoco es necesaria la autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso.

El Decreto 1227 de 2005 en el artículo 9º reitera lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, relacionado con la separación temporal del cargo de carrera que admite provisión en **forma provisional**, sólo por el tiempo de duración de la separación temporal, cuando no sea posible el encargo e insistió en que cuando el empleado ejerza empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera, su vinculación tendrá **carácter provisional** y ese cargo de carrera se tiene que proveer en orden de prioridad por acto administrativo emitido por el nominador. Y en su artículo 10 señaló, que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, tal como lo estableció en el artículo 7º Decreto 1572 de 1998, pero agregando que la resolución debe ser motivada.

Sobre la situación del empleado público en provisionalidad, la misma Corporación, en ese mismo pronunciamiento judicial, precisó:

“...El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992 y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998, pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8º, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

Las causales de pérdida de los derechos de carrera, en tanto que siguen siendo las mismas que se dispusieron en la normativa que le precede a estas Leyes, permiten sin lugar a dudas afirmar la vigencia de los artículos 5º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7º, continuando con el lineamiento expuesto en la normativa que le antecedió; expresamente habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga. Esta disposición corrobora aún más que la cesación de funciones del empleado provisional, puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente

entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada”.

En este orden de ideas y una vez clarificada la situación fáctica y jurídica de los nombramientos provisionales en cargos de carrera administrativa, procede el Despacho a analizar los cargos endilgados por la parte actora en contra del acto administrativo acusado, los cuales se concretizan en lo siguiente:

a) Falta de Motivación del acto enjuiciado.

Retomando los argumentos esgrimidos por el demandante, se aduce que el acto administrativo demandado debió haber expuestos las razones y/o motivos por los cuales se mantuvo y/o permaneció en el cargo en provisionalidad el señor Fredy Valencia desde 1989 hasta el 2012, fecha en que se dio por terminada su vinculación, ya que a su juicio, era indispensable que se enunciaran tales fundamentos de carácter legal que condicionaron la estabilidad del actor una vez vencido su periodo

perentorio de provisionalidad e igualmente aquellas razones que hicieron que tal estabilidad condicionada terminara, aspecto que justificara o soportara la producción del acto acusado. Aunado a lo anterior, afirma que vencido el plazo máximo del nombramiento en provisionalidad dicho funcionario legalmente y de forma automática se entendía retirado del servicio, por lo cual concluye que en ese sentido la vinculación del demandante había sido avalada de forma irregular tanto por la Administración Departamental, como la Municipal.

Sobre este aspecto en particular, se advierte que contrario a lo expuesto por la parte actora, no se considera necesario que dentro del acto demandado se hiciera mención sobre las vinculaciones y/o trayectoria laboral del funcionario Fredy Valencia, ya que la decisión a adoptar versaba sobre la desvinculación del mismo con ocasión de la existencia de una lista de elegibles respecto del cargo administrativo que se encontraba desempeñando en provisionalidad; además y en gracia de discusión y de conformidad con los lineamientos expuestos en la jurisprudencia citada anteriormente, se evidencia que dada la naturaleza del cargo de provisionalidad no era necesario siquiera la respectiva autorización de la CNSC para prorrogar dicha medida, ya que hasta tanto persistiera la situación fáctica de que no hubiere empleados de carrera a los cuales mediante la figura del encargo se pudieran designar, o que en ultimas se conformara la respectiva lista de elegibles (situación que ocurrió en este caso en concreto), se entendían prorrogados tales cargos provisionales, sin que se produjera una presunta terminación automática como lo plantea la parte actora.

Por otro lado y sobre esta misma materia, la parte actora aduce que el acto acusado se encuentra igualmente viciado de nulidad al no dar cumplimiento a lo normado en el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto No. 1894 de 2012, debido a que en el acto administrativo demandado se nombró al tercero y no al primero de la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el agravante de que solo se había ofertado una sola vacante para el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, por lo cual considera que dicho proceder atenta contra los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Respecto a dicha alegación, se advierte que si bien es cierto dentro del acto acusado no se especificó y/o aclaró el hecho de que se hubiere nombrado al tercero de la lista de elegibles, dicha omisión como tal no conlleva jurídicamente un vicio de la magnitud que pretende el demandante, ya que contrario a lo afirmado por el demandante se

probó dentro del expediente que las vacantes a proveer eran 13 del cargo de “Auxiliar Administrativo 407 – 6” de la Gobernación de Casanare (sin que se tenga certeza de cuantos de aquellos cargos correspondían a la planta de personal que fue entregada por el Departamento de Casanare al Municipio de Yopal para su administración), por lo cual se entiende que se debía agotar dicha lista para la provisión de los mencionados cargos, como al parecer en efecto se hizo; razón por la cual el orden de los nombramiento no modifica la situación de fondo que es la terminación de la vinculación en provisionalidad del actor, caso diferente sería en el evento de que se hubiere designado a un ciudadano que no integrara la lista de elegibles o como erradamente lo enunció el demandante que solo existiera una sola vacante; en consecuencia de lo anterior, se reitera que dicha falencia no se configura como un vicio que afecta por si sola la legalidad del acto enjuiciado.

b) Expedición irregular del acto administrativo.

Sostiene la parte actora que el Municipio de Yopal al expedir el acto administrativo que dio por terminada la vinculación provisional del señor Fredy Valencia, no tuvo en cuenta lo normado en los numerales 1º, 2º y 4º del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 1894 del 11 de Septiembre de 2012, que modificó el artículo 7º del Decreto No. 1227 de 2005, precisando que para la época en que se expidió el acto enjuiciado ostentaba la calidad de padre cabeza de familia, se encontraba padeciendo una discapacidad y además estaba amparado por fuero sindical, razón por la cual considera que el Municipio de Yopal transgredió dicha normatividad ya que debió hacer un análisis minucioso de quienes se encontraban en provisionalidad, garantizando la permanencia de quienes se encontraran en dichas situaciones jurídicas especiales y no desprotegerlos de la forma que hicieron con el actor.

Sobre esta alegación en particular, hay que precisar en primer lugar que le asiste razón al actor en el sentido de que en el caso en concreto cuando el número de integrantes de la lista de elegibles es menor al número de cargos a proveer, el encargado de efectuar los correspondientes nombramientos y retirar del servicio al personal en provisional que estuviere ocupando dichos cargos, deberá seguir un determinado orden de protección al momento de adoptar esta decisión, situación que se encuadra en el caso en estudio; sin embargo, en aras de determinar si dicha norma es oponible y/o exigible al empleador o nominador, en este caso el Municipio de Yopal, se debe verificar que efectivamente el trabajador hubiere puesto en conocimiento y probado estar incurso en dichas causales de protección reforzada,

con antelación a la expedición del acto administrativo de desvinculación, ya que carecería de todo sentido de que se pretenda con la presentación de la demanda allegar elementos de juicio con posterioridad al acto enjuiciado y que previamente no se hayan puesto a consideración de la administración municipal.

En este sentido y al revisar el acervo probatorio allegado al expediente solo se pudo encontrar un memorial con fecha de radicado 21 de Junio de 2011, suscrito por el señor Fredy Valencia y dirigido al Jefe de Personal de la Secretaría de Educación Municipal, mediante el cual manifiesta su condición de empleado público en provisionalidad y solicita la aplicación de la protección reforzada al señalar que es beneficiario de la Ley que implementa el Reten Social que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables, acorde con lo anterior sostiene que padece una discapacidad física y sufre una enfermedad que implica tratamiento médico continuo y permanente, por lo cual solicita se notifique su condición a la Comisión Nacional del Servicio Civil para lo pertinente.

Acorde con lo anterior, hay que precisar que por un lado dicha aplicación normativa que pretendió el accionante en esa época es totalmente improcedente, ya que el proyecto de Ley de "Reten Social" actualmente no se ha aprobado como Ley de la Republica; aunado a lo anterior, se resalta que al revisar el expediente administrativo y hoja de vida del actor, se evidencia que el mencionado oficio mediante el cual informa su condición de discapacitado y enfermo, carece de prueba sumaria que soporte y/o demuestre que efectivamente se encuentra en la situación de salud que allí plantea, destacando que solo con la presentación de la demanda se allegaron una serie de documentos al respecto, los cuales se reitera no se puede entrar siquiera a valorar el Despacho en este momento, ya que como se precisó anteriormente dicho procedimiento administrativo lo tuvo que agotar previamente el actor ante la administración, evento en el cual el ente municipal estaría obligado a brindar un tratamiento diferente a la situación laboral del hoy demandante y sería amparable su incumplimiento a través del presente proceso judicial; sin embargo, dichas pruebas brillan por su ausencia.

En este orden de ideas y conforme con el artículo 167 del C.G.P., aplicable al proceso Contencioso Administrativo por expresa remisión del artículo 306 del CPCA, la carga de la prueba de los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, les corresponde a las partes.

Aunado a lo anterior, no obstante que desde un punto de vista pedagógico se ha hecho alusión a esta alegación de la parte actora, es incuestionable que la norma citada como dejada de tener en cuenta por la Administración Municipal de Yopal (Decreto 1894 de 2012), no es aplicable a su específico caso, habida cuenta que fue expedida con posterioridad (septiembre 11 de 2012) a la emisión del acto administrativo que dispuso su desvinculación del cargo, el cual data del 13 de junio de 2012.

Conforme a lo expuesto, resulta evidente que la argumentación esgrimida por la administración para dar por terminada la vinculación provisional del demandante, se presume, además, ajustada a la ley, de manera que es a la parte actora a quien le corresponde, a través de los medios probatorios pertinentes desvirtuar la presunción de legalidad, que en este caso no se demuestra con las meras afirmaciones de que el acto impugnado no se ajustó a la normatividad, como lo pretende el accionante; en otras palabras, quien afirme un cargo de anulación debe probarlo con elementos de juicio suficientes que den certeza al juzgador de tal hecho, carga procesal que no cumplió el actor.

Así las cosas, no desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, bajo el análisis normativo que hemos expuesto en precedencia, las pretensiones anulatorias no encontraron camino de prosperidad.

Estas razones son suficientes para resolver en los términos indicados, y denegar las pretensiones que fueron solicitadas en el libelo.

Pronunciamiento sobre los alegatos de conclusión:

Parte demandada – Municipio de Yopal:

En cuanto a las alegaciones finales de dicha entidad, este Despacho Judicial precisa que acorde con el análisis normativo y jurisprudencial desarrollado en esta providencia, se considera que no le asiste razón al demandante, teniendo en cuenta que si bien es cierto en la Convocatoria No. 001 de 2005, la Gobernación de Casanare postuló un grupo de cargos que se encontraban en vacancia definitiva u ocupados con empleados en provisionalidad y por ende la Resolución No. 1382 del 20 de Abril de 2012, expedida Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para llenar algunas de dicha vacantes salió a nombre del Departamento de Casanare, dicha situación no impide que la administración municipal procediera a dar

cumplimiento a los respectivos nombramientos de la aludida lista, teniendo en cuenta que al efectuar la transición y/o concesión de la administración del servicio de educación del Departamento de Casanare al Municipio de Yopal, le fue entregada la planta de personal que se encontraba financiada con recursos del Sistema General de Participaciones dentro de la cual se habían postulado algunos de esos cargos, dentro de los cuales aparentemente estaba el del señor Fredy Valencia; así las cosas e independientemente del oficio remitido por el Secretario Departamental de Casanare al Municipio de Yopal, mediante el cual informa a que funcionarios se les debía terminar su vínculo laboral y que personas acorde con la lista de elegibles entrarían en su reemplazo, se recuerda que la administración municipal al incorporar formalmente dentro de su planta de personal a los funcionarios que provenían del Departamento de Casanare, debió de forma coordinada con dicho ente departamental analizar y determinar que cargos provenían del ente departamental y los cuales fueron sujetos al mencionado concurso, para proceder adoptar las medidas y decisiones pertinentes, ya que se precisa que actualmente el nominador es el Municipio de Yopal el cual dentro de su autonomía administrativa es quien dispone finalmente respecto a la continuidad y/o finalización de la relaciones laborales de sus funcionarios; en consecuencia de lo anterior, se advierte que la utilización de la lista de elegibles que originariamente pertenecían a cargos vacantes de la Gobernación de Casanare, por parte del Municipio de Yopal es jurídicamente viable, y no había necesidad de convocar a un nuevo concurso por parte del ente municipal.

Consecuencialmente con lo anterior, este Estrado Judicial destaca que la parte actora no se preocupó por demostrar si efectivamente el cargo del señor Fredy Valencia cuando se encontraba dentro de la planta de personal del Departamento de Casanare fue debidamente postulado en la Convocatoria No. 001 de 2005, aspecto que se presume dentro de legalidad del acto administrativo acusado, pero que no fue ni discutido ni probado por la parte actora.

Costas:

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes recientes del superior funcional², se debe ponderar como tal las actuaciones de la parte vencida

² Tesis recientes del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No. 850012333002-2012-00201-00. Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs. DIAN. Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendiola Vs. Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No. 850013333001-2012-00030-01.

para determinar si existe mérito para ello; en este sentido, tenemos que las pretensiones de la demanda fueron negadas por lo cual sería respecto de la parte actora que debe entrar a analizarse la procedencia de las mismas; en este sentido, destaca el Despacho que no se evidenció conducta dilatoria o de mala fe en la impetración de la demanda, por lo cual no hay lugar a condena en costas.

Por lo anteriormente reseñado, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda impetrada a través de apoderado judicial por el señor FREDY VALENCIA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

TERCERO.- No condenar en costas a la parte actora, acorde con señalado en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO.- Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público, la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO.- Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores llevados al efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON MANUEL BRICEÑO CHIRIVÍ

Juez

