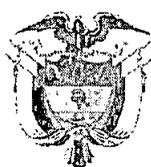


268



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación: 11001-33-31-026-2011-00540-01
Demandante: LUZ ZENITH MOLINA CAICEDO
Demandado: DISTRITO CAPITAL – PERSONERÍA DE BOGOTÁ
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Controversia: INSUBSISTENCIA

Correspondió a la Sala de Decisión Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales y especiales conferidas, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia del presente proceso tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se procede entonces a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, una vez adelantado el trámite procesal correspondiente.

I. ANTECEDENTES

La demandante acudió a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad del Decreto núm. 176 del 4 de mayo de 2011 proferido por el Personero de Bogotá a través del cual se declara insubsistente a la señora **Luz Zenith Molina Caicedo** en el cargo denominado Secretario Código 440 Grado 3, de la planta de personal de la Personería de Bogotá.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad accionada a reintegrar a la demandante en el mismo cargo que venía desempeñando o a uno de superior

categoría, y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de desvinculación y hasta cuando se realice su reintegro.

Así mismo, solicita el reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde la fecha en que se dejaron de pagar los salarios y prestaciones sociales, hasta cuando se realice su reintegro.

Finalmente, solicitó se ordene dar cumplimiento a la sentencia que se profiera en los términos del artículo 176, 177 y 178 del C.C.A.

HECHOS Y OMISIONES

Los hechos en que el apoderado del demandante apoya las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

1.- Refiere que la señora **Luz Zenith Molina Caicedo** ingresó a la Personería de Bogotá, con carácter provisional mediante Decreto núm. 0295 de 1993 en el cargo de Secretaria IVA, adscrita a la Personería Delegada para Asuntos de Familia.

2.- Señala que la demandante laboró hasta el 4 de mayo de 2011, fecha en la cual fue expedido el Decreto núm. 176, a través del cual fue declarada insubsistente del cargo denominado Secretario Código 440 Grado 3 de la planta de personal de la Personería de Bogotá, por provisión del cargo por los integrantes de la lista de elegibles proporcionada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 53, 122, 123, 125, 130 y 209 de la Constitución Política;

LEGALES: Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 1985, Decreto 3820 de 2005 y Decreto 1746 de 2006.

Indica que el acto administrativo cuya nulidad se demanda desconoce las garantías constitucionales del derecho al trabajo y la seguridad social consagradas en las normas superiores precitadas, pues la Personería de Bogotá omitió injustificadamente la obligación de motivar en debida forma el acto administrativo mediante el cual se desvinculó a la señora **Luz Zenith Molina Caicedo**.

269

Señala que la entidad demandada omitió explicar en el acto demandado los criterios que llevaron a desvincular a la demandante y no a otros funcionarios que se encontraban en la misma situación de la señora **Luz Zenith Molina Caicedo**. Además porque con su desvinculación se produjo una perturbación negativa del servicio y porque con esta arbitraria decisión le impidió a la demandante acceder a la pensión, teniendo en cuenta que: *"(...) solamente le faltaba año y medio para tener derecho a la misma (...)".*

Sostiene que la H. Corte Constitucional ha indicado que cuando se trate de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, su desvinculación debe realizarse a través de acto administrativo motivado, en donde se detallen y precisen las razones por las cuales se efectuó el retiro del servicio público. No obstante, precisa el apoderado de la demandante que en el acto administrativo demandado no se explican las razones por las cuales se declaró la insubsistencia que acá se discute.

Expresa que en el presente caso no basta con mencionar que el acto administrativo se expidió con el objeto de acatar lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es decir que obedeció a la provisión del cargo en carrera que ocupaba la actora, por un concursante que obtuvo el puntaje requerido para ocupar el cargo, sino que se debe explicar de manera clara, detallada y precisa, con base en los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, los criterios que se tuvieron en cuenta para decidir que la persona que debía ser desvinculada era la señora **Molina Caicedo**, y no otro funcionario, que se encontraba en la misma situación de la actora.

Manifiesta que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que sí tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

Luego de poner de presente decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional, señala que el retiro de la señora **Molina Caicedo** obedeció a razones ajenas al buen servicio, porque lo que se pretendió en la práctica, fue impedir que la funcionara lograra escalafonarse en carrera y especialmente que pudiera acceder a los beneficios del Acto Legislativo 04 de 2011.

Advierte que con la expedición del Decreto 176 del 4 de mayo de 2011, se configura el cargo de desviación de poder, porque esta decisión obedeció a razones ajenas al buen servicio, ya que pese a ser la señora **Luz Zenith Molina Caicedo**, eventualmente

beneficiaria del Acto Legislativo 004 de 2011, no se tuvieron en cuenta los criterios a sopesar en el momento de tomar la decisión, sino que por el contrario fue desvinculada haciendo caso omiso al tiempo de servicio prestado a la entidad; sus excelentes calidades personales y capacidades profesionales en el desempeño de sus funciones, como se puede constatar de la inexistencia de sanciones disciplinarias o cuestionamientos a su labor y del permanente espíritu de superación como se constata de los cursos, constancias de estudios y demás, que se solicitan a la entidad que remita y que reposan en la hoja de vida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la **Personería de Bogotá** contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en los siguientes términos (fl. 57-65):

Como fundamento de la defensa, señala que la demandante se encontraba nombrada en provisionalidad, mientras se adelantaba el proceso de selección convocado para proveer la planta de empleos de la Personería de Bogotá.

Indica que la entidad demandada, en ningún momento desconoció los derechos fundamentales de la demandante, pues fueron razones legales las que llevaron a retirarla del servicio, esto es, por el nombramiento de la persona que conformaba la lista de elegibles, una vez finalizó el proceso de selección adelantado en la Convocatoria núm. 001 de 2005.

Propone como medios exceptivos: ineptitud sustantiva de la demanda por ausencia de concepto de violación.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016), negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (fl. 199-215):

Con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, el *a-quo* acudió al contenido de la Ley 909 de 2004, en relación con la vacancia de los empleos de carrera y su forma de provisión, del que concluyó que todos los empleos por regla general se proveen por concurso de méritos, como sucede en el caso de los empleos de la planta de personal de la Personería de Bogotá.

Señala que en tratándose de vacantes definitivas, el nombramiento provisional procede de manera excepcional, siempre que los empleados de carrera no cumplan con los requisitos y no haya lista de elegibles vigente. No obstante, el nominador puede dar por terminado el

270

nombramiento en provisionalidad, siempre y cuando indique las razones de su desvinculación, como sucede en el caso de la provisión del empleo con la designación de un funcionario que ha superado el concurso de méritos.

Manifiesta que el acto administrativo por medio del cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad debe tener como fundamento la provisión del empleo en carrera, y para ello debe efectuarse el nombramiento en período de prueba del funcionario elegido por concurso de méritos.

Luego de analizar el material probatorio obrante en el expediente, el juez de primera instancia determinó que el acto administrativo demandado se encuentra debidamente motivado, en razón a que el cargo fue provisto por una causal legal, esto es, por quien se encontraba en la lista de elegibles, razón por la cual debe darse prelación al derecho de carrera frente al de aquellos funcionarios que se encuentran desempeñando un cargo público de carrera en provisionalidad.

Conforme a lo expuesto concluyó que la Personería de Bogotá, actuó conforme a las normas pertinentes y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

III. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en los siguientes términos (fl. 217-225):

Señala que la H. Corte Constitucional indicó en relación con la motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, que para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles fueron las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión.

Indica que el Decreto 176 del 4 de mayo de 2011 no es comprensivo de las directrices dadas por la H. Corte Constitucional, pues no explica en ninguno de sus apartes de manera clara, detallada y precisa cuáles fueron las razones por las cuales se prescindió de los servicios de la señora **Molina Caicedo**. Al contrario, la entidad desconoce que durante el tiempo que se desempeñó la actora, lo realizó con profesionalismo, cumpliendo cabalmente con las funciones encargadas y siendo la persona idónea para el cargo.

Expresa que cuando se pretende la provisión de un empleo en el que son varios los funcionarios que están ocupando el cargo en provisionalidad, se requiere obligatoriamente

que se expliquen las razones o motivos por los cuales se desvinculará a uno y no a otro u otros funcionarios, so pena de incurrir en expedición irregular por "*falsa motivación*" (sic).

Finalmente indica que con el retiro de la demandante se afectó el servicio público que presta la entidad demandada, en razón a que disminuyó el número de personas que prestaban sus servicios en la Personería de Suba, adicional a que se desconocieron las excelentes calidades profesionales con las que contaba la demandante.

Por los argumentos expuestos solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

Mediante auto del seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que alegaran de conclusión (fl. 249).

El apoderado de la demandante presentó escrito de alegatos (fl. 250-253) en el que reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada presentó escrito de alegatos (fl. 254-256), en el que indica que la entidad expidió el acto administrativo con respeto de las normas que regulan la carrera administrativa, y en consecuencia no es procedente declarar su nulidad en los términos en que la parte actora lo solicita.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente proceso, se debate la legalidad del acto administrativo contenido en el Decreto núm. 176 del 4 de mayo de 2011 proferido por el Personero de Bogotá a través del cual se declaró insubsistente a la señora **Luz Zenith Molina Caicedo** en el cargo denominado Secretario Código 440 Grado 3, de la planta de personal de la Personería de Bogotá.

5.1.- TEMA DE APELACIÓN

Prevé el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión que autoriza el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

271

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los planteamientos indicados, el presente asunto se contrae a determinar si la señora **Luz Zenith Molina Caicedo**, tiene derecho a ser reintegrada al cargo que desempeñaba en la planta de personal de la Personería de Bogotá, denominado: Secretario Código 440 Grado 3, o a uno de mayor jerarquía, en razón a que el acto administrativo que la declaró insubsistente, se encuentra incurso en causal de nulidad.

En caso que la respuesta al primer interrogante sea positiva, se deberá analizar si la demandante tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia, así como al pago de los intereses moratorios.

5.3.- ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En cuanto a los empleos y su forma de provisión en la Personería de Bogotá.

El artículo 125 de la Constitución Política prevé en cuanto al empleo público lo siguiente:

"(...) 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 trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto).

En este orden de ideas, en principio todos los nombramientos realizados deben corresponder a personal que ha superado el concurso de méritos y deben ser incorporados en la carrera administrativa¹, sin embargo existen ciertas excepciones, cuando por razones del servicio, el empleo debe ser provisto con personal que no se encuentra en carrera administrativa. Para tal fin el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 dispuso:

"(...) 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

¹ Ley 909 de 2003 - Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera (...)".

Adicionalmente, el Decreto 1227 de 2005 reglamentó la norma citada en precedencia y en su artículo 8 dispuso:

"(...) ARTÍCULO 8o. 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos 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 término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto).

En todo caso se establece que un cargo de carrera podrá ser provisto, en aquellos eventos en los que no sea posible hacerlo a través del sistema de concurso, a través de un empleado provisional o por encargo con otro empleado de carrera, entendiendo que la situación del empleado provisional nunca va a otorgar fuero de estabilidad, pues su vinculación siempre se presentará de manera temporal.

En cuanto a terminación de nombramiento provisional en un cargo de carrera administrativa

Una vez estudiada la forma de vinculación al empleo público cuando nos encontramos frente a un cargo de carrera, es preciso acudir a las diferentes normas que regulan la terminación del nombramiento provisional del personal que suplió temporalmente la vacancia del cargo, por las circunstancias descritas con anterioridad.

Al respecto, el Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, prevé lo siguiente en cuanto al retiro de los funcionarios provisionales que desempeñan un cargo de carrera:

"(...) ARTICULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera (...)" (Negrilla y Subraya fuera del texto).

Por su parte la Ley 909 de 2004 en su artículo 41 dispuso en el parágrafo 2 lo siguiente:

272

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

Adicionalmente, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 dispuso lo siguiente:

"(...) 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 (...)" (Negrilla y Subraya fuera del texto).

Respecto a la normativa citada, el H. Consejo de Estado², al analizar los casos de terminación de nombramientos provisionales bajo la aplicación de la Ley 909 de 2004, ha señalado que al convertirse el acto de desvinculación en un acto reglado, el nominador no puede hacer uso de la discrecionalidad para expedirlo. Al respecto expone:

*"(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**³, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

(...) La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁴ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Decreto 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado (...)"

La citada posición fue reiterada por esa Corporación en donde agregó que: *"(...) a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, nombrados en provisionalidad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa (...)"⁵.*

El criterio adoptado por el H. Consejo de Estado ha sido reiterado por la H. Corte Constitucional en varios pronunciamientos posteriores como por ejemplo, en la sentencia

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia de fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Actor: María Stella Albornoz Miranda Demandado: Instituto Colombiano De Desarrollo Rural - Incoder

³ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁴ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., 21 de marzo de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04388-01(2105-11). Actor: Elvira Teresita Chacón Suarez. Demandado: Hospital Municipal de San Roque E.S.E.

SU-917 de 2010, en donde precisó que la motivación de los actos de desvinculación de provisionales se rige bajo el principio de "razón suficiente". Para el efecto señaló:

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

"Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de 'razón suficiente' en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado⁶. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, 'para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión'⁷. (Negrilla fuera de texto).

"En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria 'u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto'⁸. (Negrilla fuera de texto)

Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, una motivación constitucionalmente admisible en estos casos es aquella que se sustenta en argumentos puntuales como: la imposición de alguna sanción disciplinaria, o la provisión definitiva del cargo una vez haya sido superado el concurso de méritos.

Al respecto, es del caso precisar que los servidores en provisionalidad, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona nombrada en carrera, o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación.

En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que se encuentra en el acto administrativo que conforma la lista de elegibles para proveerlo en forma definitiva en carrera administrativa, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios (provisionales), pues precisamente la estabilidad relativa que se les ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad (provisionalidad), cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: "Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

273

5.5.- CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, se tiene probado que a través de la Resolución núm. 1060 del 23 de marzo de 2011, la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la lista de elegibles para proveer seis (6) vacantes del empleo denominado Secretario Código 440 Grado 3 OPEC 15429 en la Personería de Bogotá (fl. 51-54).

Igualmente, se tiene que por medio del Decreto núm. 176 del 4 de mayo de 2011, la entidad demandada declaró insubsistente a la señora **Luz Zenith Molina Caicedo** en el cargo de Secretario Código 440 Grado 3 de la planta de personal de la Personería de Bogotá, en consideración al nombramiento que debía realizar de la señora **Lucrecia Bolívar Gómez** quien ocupó el cuarto puesto en la lista de elegibles proporcionada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, dada la finalización del proceso de selección de la Convocatoria 001 de 2005 (fl. 27-28).

Se observa que a través del Decreto núm. 177 del 4 de mayo de 2011, la entidad demandada nombró en período de prueba a la señora **Lucrecia Bolívar Gómez** en el cargo de Secretario Código 440 Grado 3 OPEC 15429 de la planta de personal de la Personería de Bogotá (fl. 150-151).

Finalmente se tiene que mediante informe enviado por la **directora de Talento Humano de la entidad** (fl. 133-140), indica que en la planta de personal de la Personería de Bogotá, existían 20 empleos denominados: *Secretario Código 440 Grado 3*, los cuales a la fecha de retiro de la demandante estaban ocupados por 4 personas en carrera y 16 funcionarios provisionales.

Pues bien, conforme al sustento normativo y jurisprudencial estudiado en precedencia, la Sala de Decisión debe señalar que el acto administrativo por medio del cual se terminó el nombramiento en provisionalidad de la actora tiene un fundamento legítimo, toda vez que obedeció a que una vez realizado el concurso de méritos, debía nombrarse a aquellas personas que hubieran superado el concurso y estuvieran en los primeros lugares de la lista de elegibles, para, gradualmente, ir agotándola hasta que se llenaran las plazas que fueron ofertadas.

Lo anterior, de acuerdo con el principio de prevalencia de la carrera administrativa, pues la ley y la jurisprudencia han sido claras en determinar que los empleados provisionales cuentan con una estabilidad relativa, y por lo tanto su desvinculación por la persona que se encuentra en lista de elegibles resulta ser legítima y conforme a derecho.

Cabe resaltar que la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-446 de 2011, manifestó, en cuanto a los límites que tiene la provisionalidad de los cargos de carrera administrativa lo siguiente:

"(...) Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos (...)" (Negrilla y Subraya fuera del texto).

Así las cosas, la Sala concluye en primera medida que los empleados nombrados en provisionalidad no ostentan estabilidad laboral que implique por tanto una mejor prerrogativa frente a los derechos de los funcionarios inscritos en carrera, pues los primeros pueden ser retirados cuando su cargo deba proveerse con la persona que superó las etapas del concurso de méritos y se encuentre en lista de elegibles.

De otra parte, el apoderado de la demandante argumenta en su recurso que la Administración estaba en la obligación de expresar en el acto de insubsistencia, los criterios que tuvo en cuenta para escoger a la accionante como la servidora que debía ser retirada del servicio, toda vez que existían más cargos por proveer que se encontraban ocupados con servidores en la misma situación administrativa de la demandante, frente a los cuales podría haberse realizado un juicio comparativo desde el punto de vista del mérito, las calidades personales y la capacidad profesional.

Sobre este aspecto, la Sala itera que según la jurisprudencia analizada en precedencia, para expedir el acto administrativo que da por terminado un nombramiento en provisionalidad, la Administración debe atender al principio de **razón suficiente**, de conformidad con el cual, se impone la exposición de los motivos específicos que la justifican, tales como la provisión definitiva del cargo una vez superado el concurso de méritos, la calificación insatisfactoria del funcionario, la imposición de alguna sanción disciplinaria, o cualquier otra razón específica atinente al servicio que presta el funcionario.

En consecuencia, observa la Sala que contrario a lo manifestado por la parte actora, ni la norma, ni la jurisprudencia han impuesto a las entidades públicas una carga de motivación adicional como la que pretende sea exigida en el presente caso, esto es, la valoración de las condiciones específicas de aquellos empleados que se encuentran adscritos a la planta de personal en provisionalidad para establecer quién debe ser retirado.

Debe precisarse que si bien la jurisprudencia estableció la obligación de motivación de los actos administrativos que terminan la vinculación en provisionalidad, esta ha sido pacífica

274

al determinar que la estabilidad que se predica de este tipo de servidores es relativa, lo cual implica que aparte de la motivación expresa de los actos de retiro (la cual se cumplió en este caso con la razón de proveer el cargo con el titular del derecho de carrera), no existe para la Administración ninguna otra obligación al momento de disponer el retiro del servidor público, lo cual permite afirmar que una vez verificada la necesidad de proveer el empleo en carrera, la entidad cuenta con un margen de discrecionalidad para establecer el orden o la manera como deben efectuarse los nombramientos en las diferentes plazas ofertadas.

Para finalizar, la Sala advierte que la H. Corte Constitucional ha dado prevalencia, en el sentido de dar un trato preferencial (que implica que deben ser los últimos en ser retirados del servicio), a aquellos funcionarios que se encuentran vinculados a un cargo público en el sistema de provisionalidad, y cumplan con la condición de ser "sujetos de especial protección constitucional". Para el efecto, expuso en sentencia T-462 de 2011 lo siguiente:

"(...) Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes si bien por esa sola circunstancia, no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa, tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto ningún dispositivo en ese sentido, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidas, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".

La Sala reconoce igualmente que las personas que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, que deban ser desvinculadas para dar paso a quien superó el concurso de méritos, y que sufran de alguna limitación física, psíquica o sensorial, la garantía de la eficacia de sus derechos fundamentales también atañe al sistema de seguridad social, el que, por ejemplo, podría reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez, de cumplirse los requisitos legales, dentro de los que se encuentran el porcentaje mínimo de disminución de la capacidad laboral exigida.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento (...)"

Conforme al texto en cita, se tiene que si bien se plantea una excepción a la regla general de provisión del cargo de carrera administrativa, lo cierto es que tal excepción no es absoluta, en la medida en que aún en los eventos en que el cargo en provisionalidad esté

ocupado por un sujeto de especial protección, *vb. gr. Personas que ostenten calidad de prepensionadas*, el derecho de estas personas debe ceder frente al de la persona perteneciente a la lista de elegibles.

Es distinto que, por su especial condición, la entidad respectiva facultativamente evalúe las circunstancias para cada caso, e implemente medidas preferenciales si a ello hubiere lugar, para procurar la protección de los derechos fundamentales de este grupo de personas.

A pesar de lo anterior, y una vez revisado el expediente, se tiene que la demandante no aportó medio de prueba que dé cuenta de alguna condición de especial protección constitucional⁹. Contrario a ello, solo pone de presente como argumento, el hecho que su vinculación con la entidad fue superior a los 15 años y no tuvo nunca faltas disciplinarias.

Sin embargo, la condición de permanencia de la demandante, no puede desconocer el principio de carrera administrativa, y el derecho de acceso a cargos públicos, de aquellas personas que superaron todas las etapas del concurso de méritos, luego el derecho que le asiste al personal vinculado en provisionalidad debe ceder frente al del personal vinculado por el sistema de carrera administrativa.

En este orden de ideas, la Sala concluye que los argumentos expuestos en el acto administrativo demandado son ajustados a la normatividad aplicable, más aún, cuando la norma legal y la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo han manifestado pacíficamente que la provisión de cargos a través del sistema de provisionalidad únicamente debe realizarse mientras se efectúa la designación del cargo al titular del mismo, esto es, a la persona que sea seleccionada a través del concurso de méritos, por lo que dicho tipo de empleados (provisionales) pueden ser removidos cuando exista la respectiva lista de elegibles para proveer el cargo.

Por lo anterior, encuentra la Sala que no quedó desvirtuada la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado, de suerte que bajo las consideraciones que se han expuesto, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

⁹ Aun cuando en el concepto de violación de la demanda, el apoderado de la demandante manifestó que se encontraba próxima a pensionarse, lo cierto es que, del análisis de las pruebas obrantes en el plenario, se constató que para la fecha de retiro (4 de mayo de 2011), la demandante tenía 49 años (fl. 578), luego no es posible afirmar válidamente que la demandante estaba próxima a pensionarse, dado que por lo menos el requisito de edad no estaba próximo a cumplirse.

275

Costas en segunda instancia

Para finalizar, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub-lite* ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

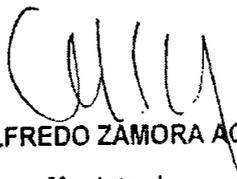
PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia proferida el veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó pretensiones dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **Luz Zenith Molina Caicedo** contra la **Personería de Bogotá**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- En firme esta sentencia, por la Secretaría de la Subsección envíese el proceso al juzgado de origen, previa las anotaciones que corresponda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado



PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada



BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO #SF 07

Bogotá, D.C. 28 JUL 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaría, por un término legal.

Oficial mayor

[Handwritten signature]