



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes: Hugo Alexander Leal Vargas  
Demandados: Municipio de Flandes  
Radicación: 73001-33-33-003-2018-00255-00

### ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Hugo Alexander Leal Vargas en contra del Municipio de Flandes.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. PRETENSIONES (pág. 41 archivo A1. 73001333300320180025500 CUADERNO PRINCIPAL TOMO 1.pdf)

- 1.1. Que se declare nula la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, expedida por el Alcalde Municipal de Flandes.
- 1.2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene al ente territorial demandado, que reintegre al demandante al mismo cargo que desempeñaba antes de su desvinculación o a otro de igual o superior categoría o funciones similares, así como a que pague los salarios, primas, reajustes, vacaciones, cesantías, y demás emolumentos e indemnizaciones dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta que se produzca su reintegro.
- 1.3. Se declare que no existió solución de continuidad en la relación laboral con el municipio de Flandes
- 1.4. Se condene a que las sumas reconocidas sean debidamente ajustadas en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, y se condene en costas y agencias en derecho.

#### 2. HECHOS (pág. 41-43 archivo A1. 73001333300320180025500 CUADERNO PRINCIPAL TOMO 1.pdf)

- 2.1. El señor Hugo Alexander Leal Vargas fue nombrado en provisionalidad, mediante Resolución No. 451 del 10 de julio de 2014, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 10, adscrito a la oficina de presupuesto y contabilidad de la Secretaría de Hacienda, ejerciendo el cargo desde el 16 de julio de 2014.
- 2.2. Mediante Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, notificada el 28 de febrero del mismo año, se dispuso la terminación del nombramiento del demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 10.

- 2.3.** El acto administrativo de retiro del trabajador fue expedido con expresa violación legal contenida en el párrafo único del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 (ley de garantías), además del debido proceso y el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, sobre revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto.
- 2.4.** Como fundamento de la decisión de dar por terminada la provisionalidad en el cargo al demandante, se adujo la ejecución de una sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró la nulidad del Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, por medio del cual se estableció la planta de personal del Municipio de Flandes; sin embargo, para realizar la terminación del vínculo, el Municipio debió contar con el consentimiento previo, expreso y escrito del trabajador o en su defecto solicitar la nulidad del acto administrativo de nombramiento.
- 2.5.** El Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, aunque fue declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa, a la fecha de la presentación de la demanda goza de presunción de legalidad en virtud de la sentencia de tutela de fecha 12 de julio de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado dentro del expediente 11001-03-15-000-2018-00924-00, lo que deja sin motivación alguna el acto acusado en este medio de control.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN** (pág. 43-52 archivo A1. 73001333300320180025500 CUADERNO PRINCIPAL TOMO 1.pdf)

Señaló como normas violadas los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 26 de la Constitución Política, artículo 74 de la ley 1437 de 2011, artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1083 de 2015 y artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Afirmó el apoderado actor que, con la expedición del acto administrativo demandado se vulneran los derechos al debido proceso, a la dignidad humana, como quiera que el accionante tenía la confianza legítima de que su nombramiento respetaba las normas y que, por ser un acto de contenido particular, debía contarse con su autorización para su revocatoria.

Alegó que de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y la sentencia SU-917 de 2010, la terminación de nombramiento provisional procede por acto motivado, y solo es admisible una motivación donde se invoquen argumentos 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 prestado, situación que no ocurrió en este caso. También señaló que el acto acusado vulneró la ley de garantías, al modificar la planta de personal dentro de los cuatro meses anterior a las elecciones presidenciales del año 2018.

Finalmente indicó que existe falsa motivación, en cuanto el municipio amparado en una sentencia que no ordenaba terminar unas provisionalidades, decidió terminarlas, con el único fin de desvincular al personal y que su fin último fue reemplazarlas por otro personal vinculado en la nómina o por prestación de servicios.

### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Se tuvo por no contestada conforme lo señalado en audiencia inicial (pág. 102- 107 archivo A2.)

## 5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 13 de agosto de 2018 (pág. 2 archivo A1.), siendo admitida a través de auto fechado 13 de noviembre de 2018, disponiendo lo de ley (pág. 64-65 archivo A1.); Vencido el término para contestar la demanda, mediante providencia calendada 10 de diciembre de 2019 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (pág. 90 archivo A2.), la cual se llevó a cabo el día 4 de marzo de 2020, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se tuvo por no contestada la demanda, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas (pág. 104-107 archivo A2.).

Mediante providencia del 25 de noviembre de 2020 (A5. 2018-00255 PONE EN CONOCIMIENTO Y REQUIERE PARTE DEMANDADA.pdf) y 15 de julio de 2022 se pusieron en conocimiento de las partes, las pruebas allegadas (A8. 2018-00255 AUTO PONE EN CONOCIMIENTO.pdf) y, en auto adiado 25 del mismo mes y año, al considerarse innecesario realizar la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se dio traslado para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (B2. 2018-00255 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR.pdf), haciendo uso de dicho derecho únicamente la parte accionada (B5. 2018-00255 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE TERMINO PARA ALEGAR)

## 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### 6.1. Parte demandante

Guardó silencio

### 6.2. Parte demandada<sup>1</sup>

Señaló el apoderado que el retiro del servicio del demandante obedeció a la supresión del empleo que venía desempeñando en la planta de personal del Municipio de Flandes, como consecuencia de haberse declarado nulo el Decreto 086 de 2013, sustentando la expedición de la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, en el hecho de haberse declarado por la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad del Decreto No. 086 del 10 de septiembre de 2013, el cual soportaba la planta de personal del ente territorial y el empleo desempeñado por el accionante y que por tanto, la entidad debió adoptar como planta de personal, la establecida en el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008, por ser el acto administrativo que se encontraba vigente con antelación al acto declarado nulo.

Indicó que el demandante estuvo vinculado a la planta de personal del Municipio de Flandes mediante la modalidad de nombramiento en provisionalidad, lo que no generaba estabilidad laboral alguna, ni mucho menos derechos propios de los empleados de carrera administrativa, máxime cuando el nombramiento en provisionalidad se había materializado respecto de un acto administrativo sobre el cual la autoridad judicial se pronunció en primera y segunda instancia, proceso en el cual se declaró la nulidad del mencionado acto administrativo.

Con relación a la interposición de recursos, señaló que conforme lo disponen los artículos 74 y 75 del CPACA, por regla general, contra los actos definitivos proceden los recursos de reposición, apelación y queja; mientras que contra los actos de ejecución, no procede recurso alguno, siendo el caso concreto, puesto que se dio cumplimiento a la orden impartida en el Decreto 021 del 21 de febrero de 2018,

<sup>1</sup> B4. 2018-00255 ALEGATOS MUNICIPIO DE FLANDES.pdf

además que contra los actos de retiro del servicio, no procede la interposición de los recursos de la vía gubernativa, por disposición legal.

Afirmó que dentro de la demanda no reposa acervo probatorio alguno que conlleve a determinar que el acto administrativo adolece de algunas de las causales de nulidad que se le enrostran, puesto que la argumentación del apoderado de la parte activa está encaminada únicamente a hacer calificativos acerca de la misma, sin llegar a establecer los medios de prueba que estructuran su nulidad.

Finalmente solicitó tener en cuenta el precedente que sobre el tema existe en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en decisiones que han denegado pretensiones similares, tanto en primera como en segunda instancia.

## **II. CONSIDERACIONES**

Surtido el trámite pertinente, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

### **1. COMPETENCIA**

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 2º *ibídem*.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Se deberá determinar si el acto administrativo a través del cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante y que se fundó en la declaratoria de nulidad del Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013 que estableció la planta de personal del Municipio de Flandes, se encuentra viciado de nulidad.

En caso de advertirse la nulidad del acto acusado, será necesario determinar si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al cargo que venía ejerciendo, así como al pago de salarios y prestaciones sociales, de conformidad con lo pedido en la demanda.

### **3. MARCO JURÍDICO**

#### **3.1. Régimen jurídico de la Carrera Administrativa.**

El artículo 125 de la Constitución Política, dispone:

*“Los empleos de 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.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución, 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”.*

Del artículo previamente transcrito, es dable afirmar que los empleos públicos por regla general son de carrera administrativa, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley

Con la expedición de la **Ley 909 de 2004**<sup>2</sup>, se reguló el sistema del empleo público, cuyo ámbito de aplicación, quedó establecido en su **art. 3°** precisando que sus disposiciones serían aplicables, entre otros, a los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Respecto de la carrera administrativa, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, establece:

***"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".*

Por su parte, el artículo 25 de la cita normatividad, establece que cuando existe una separación temporal del cargo del empleado de carrera, 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".*

Más adelante en el párrafo 2° del art. 41 de la Ley 909 de 2004, en lo que concierne al retiro de los funcionarios que prestan sus servicios en cargos de carrera administrativa consagró:

***"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**"*** (negritas fuera del texto).

El Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, en el párrafo transitorio de su artículo 8, respecto de los empleos temporales y provisionales dispuso que *"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 cual no podía exceder el término de 6 meses, tiempo dentro del cual, se debía convocar a concurso de méritos, aclarando que el nombramiento en provisionalidad solo procede excepcionalmente cuando no sea posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

---

<sup>2</sup> *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".*

A más de lo anterior, en su art. 10 el citado Decreto 1227 de 2015 dispuso:

***“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 subrayado fuera de texto).

Finalmente, mediante el Decreto 3820 de 2005 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2004, autorizando que la prórroga tanto del encargo como del nombramiento provisional, se prolongaría hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión del Servicio Civil.

### **3.2. De la forma de vinculación a través del nombramiento en Provisionalidad.**

Bajo la normatividad imperante a la que se ha hecho alusión en el acápite anterior, existen formas a través de las cuales se puede acceder al empleo público, los cuales comprenden; **1.** Aquellos cargos que tiene el carácter de libre nombramiento y remoción que se proveen a través de *Nombramiento ordinario discrecional*; **2.** Mediante *Nombramiento en periodo de prueba*, por seis (6) meses, a través del cual se proveen los empleos del sistema de carrera de las entidades públicas del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados, mediante procesos de selección a través de concursos de méritos, teniéndose en cuenta que lo que se pretende es vincular al personal con mejores aptitudes, experiencia y conocimientos; **3.** Mediante *Nombramiento provisional discrecional*, la cual está visto como mecanismo excepcional que solo procede por especiales razones del servicio, mientras se surte el proceso de selección respectivo; **4.** A través del *Nombramiento en ascenso* previa realización de concurso de ascenso; y **5.** Mediante la figura del *Encargo* que se hace a una persona inscrita en Carrera Administrativa para proveer de manera transitoria un empleo de Carrera mientras se surte el concurso respectivo

La figura del *Nombramiento provisional discrecional* se encuentra reglada por el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, norma vigente aplicable para la época de los hechos y cual al tenor literal señala:

***“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, 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.*

***NOTA: 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 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 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.

(...)

**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.*

El párrafo transitorio del art. 8 arriba indicado, fue modificado a su vez, por el Decreto 4968 de 2007, cuyo texto indica:

“Artículo 1. Modifícase el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:

“Párrafo 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.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

NOTA: El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto 2566 de 2014.”

En esta medida, tal figura jurídica comporta gran relevancia para la administración en las esferas antes mencionadas y como situación que implica unas consecuencias jurídicas relevantes.

### **3.3. De la Terminación del nombramiento en provisionalidad – Causas o causales.**

Ahora bien, decantado lo anterior y respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, como situación administrativa y como modalidad de provisión temporal de los empleos públicos, es del caso remitirnos a la norma antes citada aplicable al asunto, esto es, el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, que en su tenor literal dispone:

*“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, 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.*

**NOTA: 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.  
(...)”*

Conforme lo anterior, se concluye al tenor legal, que la figura del nombramiento en provisionalidad de los cargos de carrera, tendrá una duración de hasta 6 meses improrrogables, término dentro del cual se deberá abrir a concurso el respectivo cargo. Empero, ello no significa que solo exista esta modalidad de terminación del nombramiento en provisionalidad, pues, conforme lo reglado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, ampliamente analizado por la Corte Constitucional y respaldado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, antes de cumplirse el plazo previsto, dicha “*situación administrativa*” puede darse por terminada mediante decisión motivada de manera clara, concreta y suficiente que se funde en causales objetivas para dar por terminado el nombramiento provisional.

Visto de esta manera y como ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia del H. Corte Constitucional, los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa y en tal sentido, para que un funcionario nombrado mediante esta modalidad pueda ser despedido debe mediar una justa causa fundamentada en **(i)** la calificación de desempeño o **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro **(iii)** la

comisión de faltas disciplinarias, y **(iv)** la provisión del cargo por concurso de méritos.

Tal postura viene siendo decantada por el máximo órgano constitucional desde 1998, que en sentencia de unificación SU-250 proferida el 26 de mayo de dicha anualidad, en caso similar pero referente a la declaratoria de insubsistencia de notario en provisionalidad, adujo:

*“El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador.*

***El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe.***

(...)

*Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho.*

(...)

***Es decir, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fe y de la confianza legítima.***

*Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles...”*

(...)

*Respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: **como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación;** además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane.*

(...)

***Según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatuto de libre nombramiento y remoción.***

*Ya se dijo que los Notarios en interinidad no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. (...) Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso (...).*

***El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.***

*La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 299).*

***Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un (sic) indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis”.***

(Resaltado fuera de texto)

Tal lineamiento constitucional no se limitó a los notarios en interinidad o provisionalidad, siendo este un régimen especial de carrera administrativa, sino que es de aplicación general para todos aquellos funcionarios del Estado cuya vinculación o nombramiento se da en provisionalidad, y así lo dejo ver la Corte Constitucional en posteriores pronunciamientos, tales como en las sentencias T-800 del 14 de diciembre de 1998, T-147 del 18 de marzo de 2013, y T-326 del 3 de junio de 2014, por nombrar solo algunas. Adicionalmente se puede observar en estas providencias que la Corte Constitucional desarrolló una tesis sumamente relevante al afirmar de forma reiterada que “*el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa (...), no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción*” sentándose así las bases de la figura de la estabilidad laboral relativa para este tipo de funcionarios.

En desarrollo de la tesis de la estabilidad laboral relativa, dicha corporación en sentencia T-289 proferida el 14 de abril de 2011 adujo que:

***“La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado, toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación.***  
(...)

***Para la Corte, existe un deber de motivación de los actos de retiro, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios y derechos de rango constitucional, como el debido proceso y acceso a la administración de***

*justicia, toda vez que la facultad discrecional tiene límites.” (Resaltado fuera de texto)*

La Corte Constitucional reitera sus postulados en sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, así:

*“Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad<sup>3</sup>.*

En igual sentido se pronunció en sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014, enunciando los requisitos para la desvinculación de funcionarios que gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, en razón a ser nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

*“A los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, **al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.***

(...)

---

<sup>3</sup> La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”. Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. Este Tribunal (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “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 cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”...**”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

Entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. **Se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público.**

*Cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa. **Se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso.***

(Resaltado fuera de texto)

Dichos postulados fueron reafirmados por el máximo órgano constitucional, en sentencia de unificación SU-354 del 25 de mayo de 2017.

Por su parte, si bien la posición del Consejo de Estado sobre el particular no ha sido pasiva, en los últimos tiempos su postura ha venidoacompañándose con lo ampliamente expuesto por la Corte Constitucional, es así que en sentencia proferida el 24 de septiembre de 2015 por la Sección Quinta de esa Corporación dentro del radicado 11001-03-15-000-2015-01455-01(AC), con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, se dijo que:

*“Tratándose de los cargos que estén permanentemente libres, por vacancia definitiva sin concurso para proveerlo, puede ocurrir que, por necesidad del servicio, por ejemplo, el nominador requiera proveerlo. La ley lo faculta para tales efectos a través de dos (2) figuras: el encargo y la provisionalidad. En cualquier caso, el nominador debía pedir autorización a la CNSC y era así porque una vez realizado el nombramiento, el periodo empieza a correr para iniciar los trámites respectivos para convocar a concurso el cargo de carrera, ya que debe procurar que el cargo sea ocupado por quien tenga derecho legal. En el transcurso de los seis (6) meses puede ocurrir que: i) el concurso finalice y se retire del servicio a quien ocupa el cargo en provisionalidad para que sea provisto por quien tenga derecho según la lista de elegibles; ii) el concurso esté en marcha, entonces la provisión en provisionalidad puede mantenerse sin prórrogas o nuevas autorizaciones de la CNSC o, iii) la administración no haya realizado ningún acto tendiente a convocar a concurso. En este último evento, lo trascendental es que una circunstancia especial justifique la imposibilidad de la administración para realizar la convocatoria pública. (...) el legislador extraordinario reconoce que existen dichas circunstancias especiales, por ejemplo porque resulta administrativamente oneroso realizar convocatorias para ofertar cargos de manera independiente, (...)*

**Dicho brevemente, el plazo de seis (6) meses es una condición que se quiso imponer en cabeza de la administración para que haga la convocatoria a**

**concurso del empleo y no un término para mantener el nombramiento.** Así las cosas, lo que la norma busca es que al cabo de los seis (6) meses llegue a ocupar el cargo quien haya obtenido un lugar en la lista de elegibles. **Desde esta óptica, la motivación del retiro no es la finalización del plazo autorizado, sino el acceso de quien por mérito tiene el derecho al cargo.** Sin embargo, ocurre que la administración refiere el fin del plazo autorizado para convocar a concurso como motivo para desvincular a los servidores que ocupan los cargos en provisionalidad. (...)

Esta forma de actuar de la administración desconoce, de un lado, el debido proceso de las personas vinculadas en cargos de carrera en provisionalidad y luego retiradas; y del otro, la finalidad de la normativa descrita que lleva implícito el deber que le corresponde como parte y garante en el proceso que regula el acceso al empleo público.

**Las razones que corresponde dar al jefe de la entidad para motivar la decisión de retirar del servicio a personas vinculadas en provisionalidad en cargos de carrera, deben ser constitucional y legalmente válidas** porque de lo contrario vulnera los derechos fundamentales y desconoce la normativa que regula la materia (...) Sin perder de vista que los nombramientos en provisionalidad para ocupar cargos de carrera no tienen las mismas condiciones jurídicas y de permanencia de los nombramientos en período de prueba o en ascenso, **lo cierto es que el plazo que autoriza la CNSC no constituye causal de retiro, lo que implica que la finalidad del plazo es una y la del acto de retiro otra y, en consecuencia, les corresponde a los jefes de las entidades cumplir la carga legal de justificar la desvinculación.** (...)

En este sentido, al tener en cuenta que los nombramientos en provisionalidad no tienen las mismas condiciones jurídicas que otros los cargos de carrera, **el plazo dado a las entidades no es propiamente una causal de retiro, ni una razón suficiente, lo cual se traduce en un vicio en la legalidad del acto administrativo por falta de motivación.** Así, no le basta al nominador alegar la terminación del plazo, particularmente cuando ni siquiera, como es este caso, ha convocado al correspondiente concurso de méritos (...). (Resaltado fuera de texto)

#### 4. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con los medios de prueba válidos y oportunamente aportados al proceso, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

- 4.1. A través del Decreto 086 de fecha 10 de septiembre de 2013, se estableció la planta de personal del Municipio de Flandes (pág. 35-37 archivo A1.)
- 4.2. Mediante Resolución No. 451 del 10 de julio de 2014, se nombró en provisionalidad a Hugo Alexander Leal Vargas, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 10 – Oficina de Presupuesto y contabilidad, adscrito a la Secretaría de Hacienda, tomando posesión del cargo el día 16 de julio de 2014 (pág. 29-31 y 201-203 archivo A1.)
- 4.3. Con Resolución No. 01 del 2 de enero de 2015, se prorrogó el nombramiento en provisionalidad de varios servidores, entre ellos el del señor Leal Vargas, hasta que se expidiera la correspondiente lista de elegibles, producto de concurso de méritos (pág. 32-34 y 227-229 archivo A1.).

- 4.4. Que cursó ante el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, el medio de control de simple nulidad promovido por Diego Arbeláez Jaramillo contra el Municipio de Flandes, bajo el radicado 73001-33-33-007-2014-00043-00, cuyas pretensiones eran la declaratoria de nulidad del Decreto 086 de 2013 “*Por medio de la cual se establece la Planta de Personal del Municipio de Flandes – Tolima*”, despacho que en sentencia calendada el 16 de diciembre de 2015 declaró la nulidad del citado acto administrativo, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima en providencia de fecha 29 de enero de 2018 (pág. 111-153 archivo A1.)
- 4.5. A través del Decreto 021 del 21 de febrero de 2018, se adoptó la anterior decisión judicial (pág. 154-174 archivo A1.) y se ordenó:
- Tener como planta de personal del municipio la establecida en el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008, por ser el acto administrativo que se encontraba vigente con antelación al acto declarado nulo.
  - Expedir los actos administrativos mediante los cuales se incorporan a la planta de personal contenida en el Decreto 173 de 2008, los funcionarios inscritos en carrera administrativa, al igual que los nombrados en provisionalidad y en cargos de libre nombramiento y remoción.
  - Adoptar el manual de funciones contenido en la Resolución 008 del 7 de enero de 2009 y demás normas que lo adicionaron y complementaron.
  - La creación de un equipo de trabajo, para que con ocasión del cumplimiento de la sentencia que se adopta, efectuara el estudio que serviría de soporte a los actos administrativos de incorporación y retiro del servicio.
- 4.6. En virtud de lo anterior, se expidió la Resolución No. 173 del 21 de febrero de 2018, por medio de la cual se conforma un grupo de trabajo y se le asignan unas funciones (pág. 197-199 archivo A1.).
- 4.7. Que por medio de la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018 se dispuso la ejecución de la sentencia adoptada mediante el Decreto 021 de 2008 y en consecuencia se dieron por terminados algunos nombramientos en provisionalidad, entre ellos el del demandante, señor Hugo Alexander Leal Vargas (pág.5-28 archivo A1.)

## 5. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Como se viere en el acápite normativo y jurisprudencial, de vieja data la Corte Constitucional y de manera un poco más reciente el Consejo de Estado, han decantado que aquellos funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, motivo por el cual su forma de desvinculación no puede ser equiparada a aquellos funcionarios que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción en los que impera la discrecionalidad del nominador; en tal sentido, para que un funcionario nombrado mediante esta modalidad pueda ser retirado del servicio debe motivarse debidamente el acto administrativo que así lo determine, en el cual debe mediar una justa causa fundamentada, ya sea en **(i)** la calificación de desempeño, **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro, **(iii)** la comisión de faltas disciplinarias, y, o **(iv)** la provisión del cargo por concurso de méritos.

La parte actora en su demanda no rotuló de forma expresa los cargos endilgados al acto administrativo acusado; sin embargo, al hacer una interpretación integral de la demanda y de los argumentos esgrimidos en el acápite de concepto de violación, el despacho observa que los mismos pueden agruparse en **i) violación al debido proceso – desconocimiento del derecho de audiencia y defensa** y **ii) violación**

**directa de la ley y iii) falsa motivación**, los cuales para el estudio del caso concreto, el Despacho por orden metodológico serán analizados en ese orden:

**- Violación al debido proceso – desconocimiento al derecho de audiencia y defensa**

Respecto al desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, debe indicarse por el Despacho que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia lo consagra como un derecho fundamental, que debe imperar en todas las actuaciones judiciales y administrativas. El Honorable Consejo de Estado ha definido el debido proceso en los siguientes términos:

*“El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas. Se encuentra establecido en la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85). La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.”<sup>4</sup> (Subrayado fuera de texto)*

Considera la parte accionante que la entidad territorial vulneró los artículos 73 a 75 de la Ley 1437 de 2011, pues no permitió la interposición de recursos contra el acto acusado, además que no solicitó el consentimiento previo para desvincularla, por cuanto el acto de nombramiento es un acto de contenido particular y concreto conforme lo señala el artículo 97 *ibidem*.

Los artículos 74 y 75 del CPACA establecen:

*ARTÍCULO 74. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

*1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*

*2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*

*No habrá apelación de las decisiones de los ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.*

*Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.*

*Jurisprudencia Vigencia*

*3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.*

*El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.*

*De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

*Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.*

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011\\_pr001.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.htm)  
*mlARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.*

Observado el acto administrativo acusado, esto es la Resolución No. 205 de 2018, no se señalan los recursos que proceden contra él, advierte el Despacho que se debe armonizar la lectura de los artículos 74 y 75 con el contenido del artículo 87 que habla de la firmeza de los actos administrativos y que señala que los actos quedarán en firme en cinco eventos, pero que para el caso en concreto solo serían aplicables los tres primeros, a saber: *1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*

Así las cosas, pese a que en el acto hoy atacado, no se indicó que procedía alguno recurso, en caso de haberse indicado algo al respecto, el único recurso procedente era el de reposición, toda vez que por ser un acto expedido por el alcalde municipal, este no tiene superior funcional, por tanto no podía en ningún momento proceder el de apelación, siendo este último el único obligatorio en ciertos casos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la norma antes citada, razón por la cual el cargo no prospera.

De otra parte, frente a que no se solicitó el consentimiento previo del hoy demandante, señor Leal Vargas para su retiro del servicio, debe recordarse el contenido del artículo 97 que dispone:

*“ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

*Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

*Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.*

*PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.*

En este caso no podía aplicarse lo dispuesto en la norma en comento, como quiera que no se trata de la revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo (Artículo 2.2.11.1.11. Decreto 1083 de 2015), sino de la terminación del nombramiento en provisionalidad, por virtud del cumplimiento a lo dispuesto en una sentencia judicial que declaró la nulidad del Decreto 086 de 2013; por tanto, pese a tratarse de un acto de contenido particular y concreto, no era necesario el consentimiento echado de menos. Razón por la cual el cargo es impróspero.

## - Violación directa de la ley.

Alega la parte accionante que el acto administrativo objeto de litigio vulneró lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4 del 1083 de 2015 y las sentencias SU-917 de 2010 y T-007 de 2008, así como lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es decir fue expedido durante la vigencia de Ley de Garantías, por cuando modificó la planta de personal dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales del año 2018.

Además, se dice que, la Resolución 205 del 27 de febrero de 2018 no estuvo motivada en la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria y otra razón específica al servicio prestado.

De lo probado en el proceso se tiene que la motivación del acto acusado se fundó en el hecho de haber sido adoptada la sentencia que decretó la nulidad del Decreto 086 de 2013 por la cual se había establecido la planta de personal del municipio y había aumentado en 27 cargos la misma, cuando el estudio que sustentada la modificación solo había recomendado la creación de 9 cargos, por tanto, al quedar fuera del ordenamiento jurídico tal decreto, los cargos allí creados igualmente no existían.

Recuerda el Despacho que el artículo 122 de la Constitución Política establece: *“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”*, es decir que al desaparecer algunos cargos de la planta global de cargos de la entidad territorial, mal haría la administración en seguir con la vinculación de dichas personas, toda vez que ello traería consecuencias penales, fiscales y disciplinarias.

Aunado a lo anterior, para establecer los cargos que deberían ser suprimidos y los nombramientos que debían terminarse, se estableció una comisión que realizó un estudio de los cargos y hojas de vida que fue el sustento igualmente para expedir el acto enjuiciado.

Considera esta instancia que el acto estuvo debidamente motivado y si bien no se fundamentó en alguna de las causales jurisprudenciales relacionadas por el actor y que fueron estudiadas en el acápite de fundamento normativo y jurisprudencial, también lo es que la entidad no podía desconocer una sentencia judicial de obligatorio cumplimiento.

A propósito de esto, es necesario recordar que, las sentencias emitidas por los Jueces de la República son de estricto cumplimiento para todas personas tanto naturales como jurídicas incluidas las entidades que hacen parte de la administración pública, así lo señaló el inciso 5 del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011: *“Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.”*

La Corte Constitucional señaló en Sentencia T-554/92: *“La misión de los jueces de administrar justicia mediante sentencias con carácter obligatorio exige de los entes ejecutivos una conducta de estricta diligencia en el cumplimiento de las mismas, **con el fin de mantener vigente el Estado de Derecho, actuar en concordancia con sus fines esenciales e inculcar en la población una conciencia institucional de respeto y sujeción al ordenamiento jurídico. El obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía institucional del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de carácter subjetivo**”*. (Resaltado fuera de texto)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1863 de fecha 15 de noviembre de 2007 emitido dentro del radicado: 1001-03-06-000-2007-00092-00 al ser consultado sobre el cumplimiento de fallos durante la etapa preelectoral en el marco de la Ley 996 de 2005, señaló:

*“En estos términos, resulta claro, que las sentencias ejecutoriadas que se dicten tanto en los procesos contenciosos administrativos, como en las acciones constitucionales para proteger un interés colectivo o un derecho fundamental, son órdenes o mandatos que emite el juez dentro de la potestad constitucional y legal de administrar justicia. De ahí que su cumplimiento no depende del ánimo o de la voluntad de la administración pública o de los servidores públicos, pues éstos no tienen la potestad de acogerlas o no, ni de evaluar si su cumplimiento se posterga en el tiempo.*

*(...)*

*Los actos de ejecución que la administración deba expedir o realizar para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en las providencias judiciales, se fundamentan en decisiones desprovistas per se de intereses proselitistas, pues los funcionarios investidos de jurisdicción, al impartir justicia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley (artículo 230 C.P.), de manera que sus fallos no son fruto de las presiones propias de épocas de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005*

*(...)*

*Entonces, si bien es cierto, que entre las excepciones a las prohibiciones contendidas en las normas antes citadas de la ley de garantías electorales, el legislador no contempló los actos necesarios para la debida ejecución de una providencia judicial, también lo es que la finalidad de la ley de garantías electorales no riñe con el deber Constitucional y legal que tienen los servidores públicos de cumplir lo ordenado por la autoridad judicial en sus providencias.*

Más adelante al dar respuesta las preguntas planteadas, indicó:

**“LA SALA RESPONDE:**

*1 y 2 Los fallos judiciales, en cualquier tiempo, son de obligatorio cumplimiento por los particulares y la administración a ellos vinculados. Los servidores públicos que para cumplir con lo ordenado en una sentencia judicial, incluyendo los fallos proferidos en acciones populares, deban contratar, ejecutar obras, efectuar gastos e incluso hacer algún reintegro durante el periodo de prohibición preelectoral, no violan la ley de garantías electorales.*

*Los actos de ejecución de una sentencia, en tanto se fundamentan en la decisión de un juez, no comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005 y la legitimidad del proceso electoral, máxime cuando con dichos fallos se protege un derecho fundamental o colectivo.*

*3 y 4- El cumplimiento de fallos judiciales puede constituir una excepción a las restricciones de la ley 996 de 2005, puesto que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a éstos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia.”*

Conforme a las anteriores premisas, es claro para el Despacho que el Municipio de Flandes se encontraba en la obligación constitucional y legal de dar cumplimiento a

la sentencia judicial emitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué y confirmada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró la nulidad del Decreto 086 de 2013, y que si bien por la clase de medio de control no se dio la orden del retiro del personal, su estricto cumplimiento daba indefectiblemente lugar a la terminación de los nombramientos de las personas que habían sido vinculadas en cargos creados por dicho acto administrativo y que no encontraban equivalencia con la planta de personal que retomó vigencia, decisión que debía cumplirse, aún en época de elecciones.

Por lo anterior, el cargo es impróspero.

### **Falsa motivación**

Alega finalmente el actor que el Municipio de Flandes decidió terminar los nombramientos provisionales con el único fin de desvincular al personal del municipio y reemplazarlas por otro personal vinculado en la nómina o por prestación de servicios.

Al respecto, se debe destacar la tesis sostenida por el Consejo de Estado - Sección Cuarta, que, en sentencia del 26 de julio de 2017, dentro del expediente 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), advirtió sobre la falsa motivación:

*“Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.*

*Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien **que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa;** o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente".*

Con la argumentación del accionante, considera el despacho que más que falsa motivación lo que podría predicarse sería una desviación de poder; sin embargo, ninguna de las dos causales de nulidad se encuentra demostrada, puesto que en el proceso no se probó que la accionada haya actuado en la forma en que indica el actor, esto es que se haya desvinculado a los provisionales para nombrar a otras personas, pues tal como se ha establecido a lo largo de la sentencia, el único fin de la entidad al expedir el acto administrativo acusado, era la de dar cumplimiento a la sentencia judicial dentro del proceso de simple nulidad referenciado de forma precedente.

Además de acuerdo con la certificación emitida por el Secretario de Gobierno y Servicios Administrativos, mediante Decreto 050 del 25 de junio de 2019 se estableció la planta de personal del ente territorial y del cargo denominado Auxiliares Administrativos Grado 407 Grado 08 existen 6 plazas (archivo certificación auxiliares administrativos.pdf subcarpeta A6.1. ANEXOS INFORME 2018-00255) número igual que el que se encontraba establecida en el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008 el que quedó vigente al declararse la nulidad del Decreto 086 de 2013 por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir que no se amplió en ningún momento la planta de personal desde la fecha en que se desvinculó al actor hasta la fecha de expedición de la certificación aludida.

Es necesario recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”, principio éste que constituye la carga de demostrar el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho y nace la pretensión invocada, como quiera que en el evento en que el interesado la incumpla, o lo haga de manera imperfecta, descuidada o equivocada, necesariamente ha de esperar un resultado adverso en sus pretensiones, sin que tal exigencia haya sido satisfecha en el sub iudice.

Por lo anterior el cargo no prospera.

## **6. CONCLUSIÓN JURÍDICA**

Bajo las anteriores premisas, estima el Despacho que no existe vocación de prosperidad en las pretensiones de nulidad elevadas por la parte demandante, pues no se desvirtuó la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo acusado, al no probarse que haya sido expedido con violación al debido proceso - derecho de audiencia y defensa, con violación de la ley, ni falsa motivación y/o desviación de poder, al contrario, aparece que la decisión fue debidamente motivada en la declaratoria de nulidad del acto administrativo del año 2013 que estableció la planta de personal de la entidad territorial demandada y la consecuente desaparición del cargo ocupado por el accionante, por ende, se considera que la decisión aquí atacada se adoptó con sujeción a las normas en que debía fundarse, y no vulneró la ley de garantías, lo que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

## **7. COSTAS**

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>17</sup>, verificando en consecuencia que la entidad demandada asistió a través de su apoderado a la audiencia inicial y de práctica de pruebas, así como que presentó alegatos de conclusión, razón por la cual se fijará la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

## **RESUELVE**

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) a favor de la entidad demandada. Por Secretaría liquídense.

**TERCERO:** De no ser apelada esta providencia, una vez en firme el auto que apruebe las costas, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL**  
Jueza

Firmado Por:  
Diana Carolina Mendez Bernal  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
Oral 3  
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8bf80b8f3c2b1b233f710ff212e5fa901ec91391f99fa9968debc1ce7a946ae8**

Documento generado en 11/01/2023 08:18:43 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**