Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, catorce (14) de abril de dos mil veinte (2020)

Medio de Control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
Demandante:	MARTHA PAOLA MONTEALEGRE POSADA
Demandado:	DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Radicación:	73001-33-33-003- **2016-00566**-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 de **Martha Paola Montealegre Posada** contra el Departamento del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 11-12 y 37)

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1477 del 13 de julio de 2016, por medio del cual se produjo una novedad administrativa en la planta de empleos de la administración central departamental.

1.2. Que se ordene al Departamento del Tolima que proceda a reintegrar a la señora Martha Paola Montealegre Posada al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, sin que exista solución de continuidad.

1.3. Que se ordene al Departamento del Tolima que pague a favor de la demandante, todos los salarios dejados de percibir con las respectivas prestaciones sociales, aportes parafiscales y demás emolumentos laborales causados. desde la fecha de desvinculación y hasta la fecha en que se reintegre en el cargo de igual o superior jerarquía.

1.4. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la señora Martha Paola Montealegre Posada, desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha del reintegro.

1.5. Que se condene a la demandada a pagar indexadas las sumas adeudadas, conforme el artículo 309(sic) de la Ley 1437 de 2011.

1.6. Que se condene a la demanda a reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios, si a ello hubiere lugar, conforme lo preceptuado en el artículo 309(sic) de la Ley 1437 de 2011.

1.7. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en el término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

2. HECHOS (Fol. 12-13 y 38)

2.1. La señora Martha Paola Montealegre Posada fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto 3112 del 7 de noviembre de 2013, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02 de la Planta Global de Empleos del Departamento del Tolima, con una asignación mensual de $3.260.856.

2.2. En oficio del 8 de julio de 2016, la señora Martha Paola Montealegre Posada y otros compañeros, solicitaron a la Directora de Talento Humano del ente gubernamental, iniciar investigación en contra de la señora Cielo Helena Guayara Monroy por acoso laboral, sin que se le hubiese dado trámite respecto de la actora.

2.3. La demandante ocupó el cargo hasta el 13 de julio de 2016, fecha en la cual se expidió el Decreto 1477, argumentándose la vacancia definitiva del cargo, en consideración que la persona que lo desempeñaba en propiedad fue retira del servicio para gozar la pensión de vejez.

2.4. El Departamento del Tolima una vez realizó la desvinculación de la señora Martha Paola Montealegre Posada, pero luego realizó otro nombramiento en provisionalidad para suplir el cargo que venía desempeñando la demandante en la administración departamental, el cual, debió proveerse a través de concurso de méritos por ser un cargo de carrera administrativa y encontrarse en vacancia definitiva.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES (FOL. 13-17 y 33-36)

3.1. Normas Violadas:

- Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 6, 25, 29, 123 y 209
- C.C.A. Art. 36 (Ya derogado para la época de los hechos)

3.2. Concepto de Violación

Se entiende en una interpretación integral de lo expuesto en la demanda y en su "reforma", que el acto demandado se acusa de haber vulnerado los derechos fundamentales de la demandante, además de estar viciado por falta de motivación.

Se dice que el Departamento del Tolima transgredió las normas constitucionales superiores al retirar del servicio a la señora Martha Paola Montealegre Posada, quien al momento de su retiro se desempeñaba en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa adscrito a la planta global del ente gubernamental, pues la accionada no motivó la decisión en factores específicos, tales como razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por cualquier otra causal que origine en verdad la emisión del acto.

Se afirma que la señora Martha Paola Montealegre Posada fue nombrada en provisionalidad hasta que se terminara el encargo asignado a la señora Doris Mery Gil quien ocupaba el puesto en propiedad, por ende, que una vez finalizado el encargo por el retiro por del servicio de la funcionaria de carrera al haber adquirido esta la condición de pensionada, el cargo debió haber sido ocupado nuevamente a través de concurso de méritos, y no como lo dispuso la entidad, retirando a la demandante que lo ocupaba en provisionalidad, para proceder a nombrar a otra persona en las mismas condiciones y sin especificar en el acto ahora acusado, cuáles fueron las causales que motivaron la insubsistencia.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (54-60)

El Departamento del Tolima a través de apoderado judicial no se pronunció durante el término de traslado de la demanda, sin embargo sí lo hizo durante el traslado de la reforma de aquella, aprovechando para oponerse a las pretensiones, advirtiendo que ni en la demanda ni tampoco en la reforma de la misma se invoca nulidad alguna del acto administrativo relacionada con un presunto acoso laboral y que tampoco existe nexo de causalidad entre el acto administrativo atacado y el presunto acoso laboral expuesto al reformarse la demanda.

Así mismo advierte que le corresponde a la parte actora desvirtuar la legalidad del acto administrativo, debiendo probar la falsa motivación o una infracción a las normas en que debía fundarse, carga que no cumple en este caso y por ende, se debe dejar en firme la legalidad del Decreto 1477 del 13 de julio de 2016, toda vez que prima la presunción de legalidad.

Además señala que la demandante tenía el status de empleada en provisionalidad, lo que implica que no estaba amparada por el fuero de estabilidad aplicable para funcionarios de carrera administrativa.

Estos argumentos de defensa, los incluye en lo que a título de excepciones de mérito dice plantear bajo los rótulos de: *"Legalidad del acto demandado", "Falta de conexidad y causalidad entre el acto administrativo demandando y el presunto acoso laboral"* e *"Inexistencia de cargo de carrera conforme a los argumentos del acápite de normas violadas y concepto de violación""*.

5. CONTESTACIÓN TERCERO INTERESADO (Fol. 91-97)

Vinculada por su interés en el proceso, la señora Paula Yuranny Sánchez Pérez, quien fue nombrada en reemplazo de la demandante en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, a través de apoderado judicial indica que en la demanda no se definen los vicios de nulidad del acto administrativo.

También advierte que al existir la vacancia sea temporal o definitiva de un cargo de carrera, es factible que la misma se supla por encargo, por nombramiento en provisionalidad o por nombramiento ordinario producto del concurso de méritos.

Con cita en el artículo 2 del Decreto 785 de 2006, indica que el Estado no está para proveer medios de subsistencia a través de los empleos públicos, sino para satisfacer a través de estos, el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Advierte que, si lo que en el fondo se pretende por la parte accionante es alegar una falsa motivación del acto administrativo objeto de control de legalidad, le corresponde desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan todos los actos administrativos, carga que a su entender no cumple con las pruebas aportadas, menos cuando se dio una causal objetiva para el retiro del servicio, de acuerdo con la Ley 909 de 2004 artículo 41.

Sus argumentos los utiliza como insumo para proponer la que denominó excepción de *"Legalidad del acto administrativo demandado"*.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2016 (fl. 1), siendo admitida por auto del 24 de enero de 2017 (fl.24). Vencidos los términos de traslado para contestar la demanda y su reforma, mediante auto del 20 de noviembre de 2017 se vinculó como tercero interesado a la señora Paula Yuranni Sánchez Pérez quien ocupaba el cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 02. (fl.76). Notificada la tercera con interés, en auto del 31 de agosto de 2018 se fijó fecha y hora para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 103), la cual se llevó a cabo el día 19 de febrero de 2019, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se abordó el tema de la conciliación sin que las partes propusieran fórmula de arreglo y se decretó prueba de oficio (fl. 113-119).

Recaudada la totalidad de las pruebas, en auto del 26 de marzo de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión (fl. 124).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. PARTE DEMANDANTE (Fol. 125-127)

Reitera los argumentos inicialmente expuestos. Además, indica que de acuerdo con la Ley 1010 de 2006, la demandante gozaba de una protección especial, la cual inició desde la fecha misma en que presentó la queja respectiva contra su superior funcional por acoso laboral, esto es desde el 8 de julio de 2016, postergándose por seis (6) meses de esta manera la estabilidad laboral que impedía su desvinculación del servicio.

Aduce también en su intervención final, que existió desviación del poder y falsa motivación en el acto administrativo que se ataca, argumentando que la desvinculación de la señora Martha Paola Montealegre Posada, no obedeció a la mejora del servicio, pues afirma, que la decisión del ente gubernamental fue precipitada, improvisada y ligera manifestando la posibilidad de que la misma, haya

146

surgió como represaria de la queja de acoso laboral presentada el 8 de julio de 2016.

7.2. PARTE DEMANDADA (Fol. 128-134)

Reiteró sus argumentos de defensa, sosteniendo en síntesis que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que goza el acto administrativo que se ataca.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes...

II. CONSIDERACIONES

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 1° del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2° y 156 numeral 3° ibídem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se centra en resolver si el retiro del servicio de la demandante se ajustó o no al ordenamiento jurídico y en caso negativo, establecer si la demandante tiene derecho a ser reintegrada al cargo que venía ejerciendo en provisionalidad, así como al pago de salarios y prestaciones sociales.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. MARCO NORMATIVO

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, lo trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley

Con la expedición de la **Ley 909 de 2004**[1], 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 parágrafo 2º 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**"* (negrillas fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, en el parágrafo 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.

---

[1] *"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 parágrafo transitorio del artículo 8° 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.

De lo anterior, y en términos conclusivos se puede afirmar que con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, como regla general, en las entidades públicas los cargos son de carrera administrativa, los cuales son provistos luego de la aprobación satisfactoria de concurso de méritos, resultando viable en esta clase de empleo, suplirlos por empleados en provisionalidad ya porque exista una vacancia temporal o ya por que exista una vacancia definitiva, debiendo para su retiro la administración pública motivar los actos administrativos, en los términos y condiciones en se describe la normatividad en comento.

3.2. MARCO JURISPRUDENCIAL

3.2.1. Posición Corte Constitucional respecto de la obligación de motivar los actos administrativos de insubsistencia en empleados nombrados en provisionalidad

El Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, en reiteradas ocasiones ha referido la obligación de las entidades publica de motivar los actos administrativos de insubsistencia de los empleados vinculados en provisionalidad, aclarando que si bien no gozan del fuero de estabilidad de los empleados que se encuentran en carrera administrativa, tampoco son equiparable con el empleo de libre nombramiento y remoción, pues las provisionalidades surgen para evitar la parálisis de la función pública mientras se provee el cargo con el lleno de los requisitos legales.

Lo anterior, encuentra su sustento en la sentencia T-147 de 2013, en la que la Corte Constitucional expresó:

> *"La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se- realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una*

determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere -de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. ***Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera.*** *Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el periodo de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilar sea los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia,* ***frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación".*** (Negrillas del Despacho)

A su vez **sentencia SU-917 de 2010**, expuso que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción a demandar la nulidad del acto. Al respecto señaló la Corte:

"(...) Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados".

Luego, esa alta corporación en sentencia SU-054 de 12 de febrero de 2015, con ponencia del Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideró que a tono con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad relativa se manifiesta en que el acto de retiro de los funcionarios que en provisionalidad ocupan cargos de carrera, debe contener una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, para garantizar la protección efectiva de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público.

Así mismo reiteró que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.

148

3.2.2. Posición Consejo de Estado respecto de la obligación de motivar los actos administrativos de insubsistencia en empleados nombrados en provisionalidad

En primer lugar debe aclararse que frente al tema de los empleados provisionales la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado no siempre ha sido uniforme, pues mientras la Subsección "A" sostenía que el acto por medio del cual se retiraba del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad debía motivarse, así sea sumariamente, la Subsección "B" afirmaba que tal decisión no requería motivación.

Ante ese panorama, en la sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso Nº. 1834-01, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, la Sección Segunda **unificó** su criterio, en el sentido de señalar que a los funcionarios provisionales los **rodea un doble fuero de "inestabilidad"**, por las siguientes razones: (i) De una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y (ii) de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

En pronunciamientos posteriores[2] la Sección Segunda expuso que el nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad alguno, pudiendo el nominador, con fundamento en la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año, dar por terminada la relación laboral mediante acto que no requiere ser motivado, incluso antes del vencimiento del periodo de la misma, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las mismas reglas que en materia de función pública se predican en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, la misma Sección Segunda ha prohijado de tiempo atrás el criterio tendiente a señalar que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 y de su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, es necesaria la motivación del acto administrativo que declare la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad[3], pues la competencia para el retiro de los mismos es reglada, esto es, dicho retiro es procedente

---

[2] Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 12 de marzo de 2009, expediente No. 1012-05, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; (ii) 1° de marzo de 2012, expediente No. 0542-11, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; y (iii) 19 de abril de 2012, expediente No. 2462-11, C.P. Bertha Lucia Ramirez de Páez.

[3] Pueden consultarse entre otras sentencias, la de nulidad y restablecimiento del derecho de veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, y de tutelas, de cinco (5) de agosto de dos mil once (2011), radicación número 11001-03-15-000-2011-00654-00. Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, de veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012), radicación número 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero y de **dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015),** radicación número 11001-03-15-000-2014-02727-00, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

solo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley.

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. Que a través del Decreto 3112 del 7 de noviembre de 2013, *"por medio de la cual se produce una novedad en la planta global de empleos de la administración central Departamental"* se nombró en provisionalidad a Martha Paola Montealegre Posada en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado de Asignación 02, hasta tanto durara el encargo efectuado a su titular en propiedad (Fol. 5-6 Cuaderno expediente administrativo)

4.2. La demandante tomó posesión el día 7 de noviembre de 2013 y se mantuvo en el cargo hasta el 13 de julio de 2016, teniendo como última asignación básica la suma $3.260.856. (Fol. 10 cuaderno expediente administrativo y Fol. 5 Cuaderno principal)

4.3. A través del Decreto 1477 del 13 de julio de 2016 *"por medio de la cual se produce una novedad en la planta de empleos de la Administración Central Departamental"*, en su numeral primero se resolvió declarar la vacancia definitiva del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado De Asignación 02 ostentado en carrera por la señora Doris Mery Gil Mesa, por haber salido a disfrutar la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, y en el numeral segundo, *"como consecuencia de la declaratoria de la vacancia definitiva del cargo..., se da por terminado el nombramiento en provisionalidad efectuado mediante el Decreto 3112 del 7 de noviembre de 2013, a la señora Martha Paola Montealegre Posada"* (Fol. 24-27 Cuaderno expediente administrativo)

4.4. Con la certificación expedida por la Directora de Talento Humano de la Gobernación del Tolima, se acreditó que la señora Doris Mery Gil Mesa como titular en propiedad del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado de Asignación 02, laboró hasta el 30 de junio de 2016, por habérsele reconocido pensiones de vejez por parte Colpensiones (Fol. 28 Cuaderno Expediente Administrativo)

5. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Como ya se indicó, mediante el Decreto 1477 del 13 de julio de 2016, el señor Gobernador del Departamento del Tolima declaró en vacancia definitiva el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado de Asignación 02, por cuanto la persona que lo ocupaba en propiedad fue retirada del servicio en virtud al goce y disfrute de la pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y en consecuencia de ello, dio por terminado el

nombramiento provisional de la señora Martha Paola Montealegre Posada realizado mediante Decreto 3112 del 7 de noviembre de 2013.

De la lectura del Decreto 3112 del 7 de noviembre de 2013, se advierte que inicialmente el nombramiento efectuado a la señora Martha Paola Montealegre Posada no fue producto de una vacancia definitiva del servicio, sino en virtud a un nombramiento en encargo realizado a la señora Doris Gil Mesa quien era la titular en carrera administrativa del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado De Asignación 02 y también se aprecia que allí se indicó que el mismo iría hasta cuando durara el encargo efectuado a su titular.

Habría de entenderse esta condición, como que al terminar el encargo de la señora Doris Gil Mesa, terminaba la provisionalidad de la señora Martha Paola Montealegre Posada, pues aquella se reintegraría a su cargo de carrera y por ende, la provisionalidad dejaría de ser necesaria.

Sin embargo, resultó que, al terminar su encargo la señora Gil Mesa no se reintegró a su cargo de carrera sino que salió a hacer uso de su derecho a la pensión de vejez que le fue reconocida, por lo que la necesidad de la provisionalidad por razones del servicio y mientras se proveía el cargo en propiedad, a no dudarlo continuó.

Atendiendo al marco normativo y jurisprudencial citado en esta decisión, y ante la situación administrativa presentada por la titular del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado de Asignación 02, el ente nominador debió dar apertura dentro de los 6 meses siguientes a la vacancia definitiva al concurso de méritos para proveer el cargo de manera definitiva, atendiendo lo prescrito por el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, pero a la par, debía garantizar la continuidad en el servicio, a través de la continuidad de la provisionalidad de quien venía ejerciéndolo.

Sin embargo, la actuación desplegada por el Departamento del Tolima fue finiquitar el nombramiento realizado a la demandante, sin otra razón aparente, más que la vacancia definitiva del cargo, para proceder casi que de inmediato a nombrar a otra persona en la misma situación administrativa de la provisionalidad.

Bajo esta óptica, resulta imperioso advertir que los argumentos que expone el ente gubernamental para dar concluida la vinculación de la señora Martha Paola Montealegre Posada no son suficientes para que se entienda verdaderamente motivada la decisión, lo cual se traduce en un vicio en la legalidad por falta de motivación, pues no le basta al nominador con alegar la vacancia definitiva del cargo cuando ni siquiera ha realizado las diligencias administrativas para proveerlo de manera definitiva a través del correspondiente concurso de méritos.

A más de lo anterior, no resulta admisible desde ningún punto de vista que la entidad alegue como justa causa para la insubsistencia, la vacancia definitiva del cargo, cuando las normas permiten que los empleos vacantes puedan ser provistos

por personal en provisionalidad si no existe lista de elegibles ni a quien se pueda encargar del mismo, queriendo ello significar, que el nombramiento efectuado a Martha Paola Montealegre Posada inicialmente para suplir una vacancia temporal, que luego se convirtió en definitiva por circunstancias ajenas a la aquí demandante, debía continuar, a menos que se presentara en verdad una justa causa para terminarlo, como lo sería la provisión del cargo con quien superó el concurso de méritos, el cumplimiento de una sanción disciplinaria o una calificación insatisfactoria, entre otras circunstancias señaladas en la ley.

Es tan cierto lo que indica el Despacho, que en efecto la entidad tuvo que nombrar en provisionalidad a la señora Paula Yurani Sánchez Pérez para que ejerciera el cargo a partir del 1° de agosto de 2016, es decir, menos de un mes después del retiro de la demandante, pues había la necesidad de darle continuidad al servicio.

Luego entonces, pretenderse por la entidad accionada justificar su actuar, enmarcando como justa causa la vacancia definitiva, no es solo desconocer la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-917 de 2010, sino que es violatorio del debido proceso de la accionante, a quien no se le ofrecieron suficientes razones en el acto administrativo para su retiro, pues no se le enrostraron causales que realmente tuvieran razón de ser en el mejoramiento del servicio o las de carácter objetivo que ya fueron mencionadas. Además, debe tenerse en cuenta como se dijo, que la persona nombrada con posterioridad a la demandante también lo fue en provisionalidad y, a la fecha, no existe prueba que el cargo ya se encuentre ocupado en propiedad.

En ese orden de ideas, teniendo de presente que la motivación del acto que dispone el retiro del servicio de un funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera es requisito de su esencia, considera el despacho que en el caso concreto el acto demandado no se motivó de forma suficiente y por ende, el incumplimiento de tal exigencia se edifica como causal para invalidar la decisión administrativa, razón por la cual se accederá a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo demandado y no probadas la excepciones encaminadas a la defensa de su legalidad.

Aunque por sustracción de materia el Juzgado quedaría relevado de estudiar los restantes cargos de nulidad, se debe señalar que temas como la estabilidad o fuero que confiere la Ley 1010 de 2006 a las personas que presentan una queja por acoso laboral, no fue un asunto tratado en la demanda ni se imputaron cargos de nulidad a partir de la trasgresión de esa norma, que ni siquiera fue mencionada en el concepto de violación o en algún otro acápite del libelo inicial. Aquí lo que se observa, es que fue en los alegatos de conclusión donde la parte demandante, valiéndose de la queja por presunto acoso laboral que presentó el 8 de julio de 2016, procedió a afirmar a último momento la existencia de una presunta desviación de poder como causal de nulidad del acto demandado.

Por ende, en aplicación del principio de congruencia y bajo el entendido que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por regla general un carácter rogado que determina que el juez debe decidir en este medio de control únicamente en relación con los cargos de nulidad que se plantearon en la demanda o su reforma,

no es posible estudiar este reproche que se hace a última hora al acto administrativo acusado.

Proceder en forma contraria, esto es, estudiar el cargo de nulidad así planteado, cuando la parte demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre aquello al momento de corrérsele traslado de la demanda, vulneraría no solo el principio de congruencia, sino que además afectaría el derecho al debido proceso de la parte accionada. Por ende, se abstendrá el Juzgado de estudiar de fondo tales argumentos.

Aclarado lo anterior, debe indicarse que demostrado el cargo de nulidad del acto administrativo acusado, a título de restablecimiento del derecho, se deberá ordenar el reintegro de la señora Martha Paola Montealegre Posada al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 219 GRADO DE ASIGNACIÓN 02 del Departamento del Tolima, bajo los parámetros señalados por el órgano de cierre y que para no ser reiterativos, se plasmarán en detalle solo en la parte resolutiva.

6. ACTUALIZACIÓN

La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la cantidad a pagar, por la suma que resulta de dividir el IPC certificado por el DANE para la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debería efectuarse el pago.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula deberá aplicarse separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada emolumento adeudado.

Para el cumplimiento de la sentencia, como para el reconocimiento de los intereses a que hubiera lugar, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

7. COSTAS

Al resultar prósperas las pretensiones de la demanda, es claro que la parte demandada ha sido vencida en el proceso (Art. 365-1 del C. G. del P.) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art.188 del C.P.A.C.A), es menester del Despacho realizar la correspondiente condena en costas a favor de los accionantes, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo

de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018[4], verificando en consecuencia que la parte demandante a través de su apoderado, además de incoar el presente medio de control, asistió a las audiencias programadas y realizaron la presentación de alegatos de conclusión escritos, para lo cual se fijará la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS ($600.000) a cargo del Departamento del Tolima y a favor de la demandante 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: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la parte pasiva, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Decreto 1477 del 13 de julio de 2016 expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora MARTHA PAOLA MONTEALEGRE POSADA.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR el reintegro de la señora MARTHA PAOLA MONTEALEGRE POSADA al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 219 GRADO DE ASIGNACIÓN 02 de la planta de empleos de la Administración Central del Departamento del Tolima, bajo los siguientes parámetros:

- Si se proveyó el cargo por concurso de méritos, no habrá lugar al reintegro de la señora MARTHA PAOLA MONTEALEGRE POSADA, y el pago de salarios y demás emolumentos dejados de devengar se reconocerán y liquidarán hasta el momento en que se haya nombrado y posesionado por concurso a la persona que ocuparía dicho cargo, así como el pago de los aportes a la Seguridad Social por este periodo.

- Dado el caso que a la fecha de la sentencia, el cargo que desempañaba el demandante no se haya proveído aún mediante concurso de méritos, se ordenará el reintegro sin solución de continuidad de la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o equivalente jerarquía por un término de seis (6) meses, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta que se produzca su reintegro, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

[4] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

- Para el reintegro deberá examinarse si la demandante cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios.

De los valores a pagar, se descontarán las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente haya recibido la demandante, sin que en ningún caso, la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada. Liquídense por Secretaría, tomando en cuenta como agencias en derecho SEISCIENTOS MIL PESOS ($600.000) a cargo del Departamento del Tolima y a favor de la demandante.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a la apoderada judicial que ha venido actuando.

SEXTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: De conformidad con el memorial obrante a folio 138-143 del expediente, se **ACEPTA** la renuncia de poder presentada por el abogado VICTOR MANUEL MEJIA QUESADA, en los términos del artículo 76 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza