Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE
Ibagué, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación Nº.:	73001-33-33-004-**2018-00270**-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	BLANCA DORIS ARRIERO PARRA.
Demandado:	MUNICIPIO DE FLANDES- TOLIMA.
Tema:	Insubsistencia empleado provisional.

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **BLANCA DORIS ARRIERO PARRA** en contra del **MUNICIPIO DE FLANDES- TOLIMA**, radicado bajo el No. **73-001-33-33-004-2018-00270-00.**

1. **PRETENSIONES** (fols. 77-85).

En audiencia inicial celebrada el día 28 de septiembre de 2017, el Despacho, en conjunto con las partes, determinó las siguientes pretensiones (folio 237 vuelto):

> *"Se declare la nulidad de la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, expedida por el alcalde de Flandes.*
>
> *A título de restablecimiento del derecho:*
>
> - *Ordenar al municipio de Flandes reintegrar a la señora BLANCA DORIS ARRIERO PARRA, en el mismo cargo que desempeñaba antes de su desvinculación o a otro de igual o superior categoría o funciones similares.*
> - *Condenar al municipio de Flandes a que se paguen los salarios, primas, reajuste o aumento de sueldo, vacaciones, cesantìas, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y demás emolumentos e indemnizaciones que dejó de percibir la demandante, desde la fecha de su desvinculación hasta que se produzca su reintegro al municipio de Flandes.*
> - *Declarar que no existió solución de continuidad de la relación laboral con el municipio de Flandes".*
> -

2. **HECHOS.**

Igualmente, en la referida audiencia, se establecieron como hechos relevantes dentro del medio de control los siguientes (fol.237 vuelto -238).

1. Que la demandante fue incorporada a la planta de personal de la alcaldía de Flandes, mediante Resolución No. 456 del 10 de julio de 2014, siendo nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar administrativo de servicios generales código 470, grado 10, adscrito a la Secretaría de Gobierno y Servicios Administrativos (Hechos 1 y 2).

2. Que mediante Resolución No. 205 de 27 de febrero de 2018, el mandatario local dio por terminado el nombramiento de la demandante, omitiendo solicitar previamente permiso al Ministerio de Trabajo, toda vez que èsta había notificado antes de la patología que presentaba aquella (síndrome del túnel carpiano y epicondilitis de codos). (Hecho 3).

3. Que como fundamento de la decisión de dar por terminado el nombramiento de la demandante, se cita la ejecución de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibaguè, que a su vez fuera confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró la nulidad del Decreto 086 de 10 de septiembre de 2013, por medio del cual se establece la planta de personal del municipio de Flandes (Hecho 7).

4. Que el Decreto 086 del 10 de septiembre de 2013, el cual en un principio fue declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a la fecha de presentación de esta demanda, goza de presunción de legalidad en virtud de la sentencia de tutela del 12 de julio de 2018, proferida por el Consejero Ponente Alberto Yepes Barrero.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1. MUNICIPIO DE FLANDES- TOLIMA (fol.101 a 123).

El apoderado de la entidad se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que existen verdaderos fundamentos de hecho para enervar las referidas pretensiones como consecuencia de las excepciones propuestas.

Luego de emitir pronunciamiento frente a cada uno de los hechos enlistados en escrito de la demanda, señaló que, pese a que la parte actora no invocó cualquiera de las causales de nulidad del acto administrativo contempladas en el artículo 137 del CPACA, lo que dificulta el ejercicio adecuado de la defensa técnica de la parte demandada.

Por lo cual, propuso como excepciones de Fondo las que denominó "*EXPEDICIÒN REGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO- CONSERVACIÒN DE LA PRESUNCIÒN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO- IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL CONTRA LA RESOLUCIÒN No. 205 del 27 de FEBRERO DE 2018, POR SER UN ACTO DE EJECUCIÒN.*

A su vez, formuló la excepción previa de "I*NEPTA DEMANDA"* fls. 224-228)

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 21 de agosto de 2018, correspondió su reparto a este Juzgado (Fol. 87), quien mediante auto de fecha 04 de septiembre del mismo año, admitió la demanda (Fols. 88-89), en el cual se ordenó notificar al ALCALDE MUNICIPAL DE FLANDES TOLIMA.

Una vez notificadas las partes, esto es, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro del término de traslado de la demanda, el Municipio de Flandes- Tolima (Fls. 101 a 228), contestó la demanda.

Mediante providencia del 26 de marzo de 2019, se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 234), la cual se llevó a cabo el día 28 de agosto de 2019, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma (Fols. 236-239).

Igualmente, en dicha diligencia se resolvió la excepción previa formulada por la entidad demandada, denegándose así, la configuración de la misma y decretándose unas pruebas documentales de la instancia de la parte demandante.

5. ALEGATOS DE LAS PARTES

5.1. PARTE DEMANDANTE (Fols. 270 a 274)

Manifiesta que se logra demostrar que los actos administrativos atentan contra el ordenamiento jurídico así:
-Violación directa del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011.
- Violación directa del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.
- Inexistencia del acto administrativo de ejecución.
- Violación directa del artículo 2.2.5.3.4. 38 del Decreto 1083 de 2015.
- Inexistencia de una falsa motivación al demostrarse que el Municipio contrató bajo la figura del contrato de prestación de servicios las funciones que la misma demandante desempeñaba antes de su culminación en el cargo en provisionalidad.
- Violación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

5.2. PARTE DEMANDADA- MUNICIPIO DE FLANDES (Fols. 275 a 279).

La defensa judicial del municipio, refiere que a la demandante no le asiste derecho a indemnización, emolumento o reparación alguna, puesto que el actuar de la administración siempre ha estado dentro de los parámetros señalados en el ordenamiento, por una parte, su desvinculación se produjo por un motivo previsto en la le, y por otra, se dio estricto cumplimiento a una decisión judicial.

Que la demandante fue retirada del servicio en razón a que el Decreto No. 086 de 2013 fue declarado nulo, y en consecuencia su empleo tuvo que ser suprimido, quedando la

administración en el deber de cumplir la decisión judicial que ordenaba la nulidad del decreto, dándose así cumplimiento a una sentencia ejecutoriad frente a la cual únicamente existía la opción de acatar.

Que de acuerdo al artículo 2.2.11.1.1 del decreto 1083 de 2015, las causales de retiro del servicio se dan en los siguientes términos:

> "*El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:*
> *11) Supresión del empleo".*

En el mismo orden señala el artículo 28 del Decreto 2400 de 1968:

> *"La supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro al empleado y cuando este no es de carrera se produce inmediatamente la terminación del vínculo, situación que no da derecho al reclamo de acreencias y demás emolumentos de tipo salarial, prestacional o indemnizatorio".*

Refiere que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, puesto que un empleado en provisionalidad no se equipara completamente a uno de carrera, por lo que se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad. Lo que deja claro que se obró en estricto cumplimiento de una providencia judicial que inevitablemente traería como consecuencia la supresión del cargo, y no podría la demandante alegar alguna clase de derecho adquirido frente a un decreto que creó su cargo y que a la postre fue nulitado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues no se adquieren derechos con algo viciado por la nulidad, y por otra parte, si en gracia de discusión fuese aceptado que no debía suprimirse el cargo de la demandante, esta no podría pretender el pago de indemnizaciones, salarios y prestaciones que nunca causaron sencilla y llanamente por no prestación del servicio.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia de carácter laboral de un empleado público, por el factor territorial, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, todo ello de acuerdo con lo indicado en los artículos 104, 138, 155 -2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, realizada el 28 de agosto de 2019, el problema jurídico que aquí se plantea consiste en establecer, *si la demandante tiene derecho al cargo de auxiliar de servicios generales código 470*

grado 10 adscrito a la Secretaría de Gobierno y Servicios Administrativos del municipio de Flandes o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios y demás emolumentos a que haya lugar desde su desvinculación y hasta la fecha efectiva de su reintegro, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, o si por el contrario, el acto administrativo acusado que determinó dar por terminado su nombramiento en provisionalidad, se encuentra ajustado a derecho.

3. TESIS PLANTEADAS

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Sostuvo que con la expedición el acto administrativo mediante el cual se desvincula a la señora BLANCA DORIS ARRIERO PARRA, se le vulneró lo previsto en el artículo 97 de la Ley 1437. Añade que para proceder a dar por terminado el vínculo laboral con la demandante, el municipio demandado debió contar con el consentimiento previo, expreso y escrito de la trabajadora o en su defecto solicitar la nulidad del acto administrativo de nombramiento de la trabajadora.

Manifestó que el municipio de Flandes, sólo podía terminar el nombramiento provisional por 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, garantizándose siempre el derecho de defensa, el cual no fue permitido por parte del ente territorial.

Afirma, que el Decreto 086 de 10 de septiembre de 2013, el cual en un principio fue declarado nulo por la JURISDICCIÒN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, a la fecha de presentación del este medio de control, goza de presunción de legalidad en virtud de la sentencia de tutela de fecha 12 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejero de Estado Ponente, Dr. Alberto Yepes Barreiro, dentro del expediente con Radicación No. 11001-03-15-000-2018-00924-00, lo cual deja sin motivación alguna la Resolución No. 205 de 27 de febrero de 2018.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA -MUNICIPIO DE FLANDES- TOLIMA.

Indicó que contrario a lo manifestado por la parte demandante, ese municipio no tenía la obligación de contar con permiso del Ministerio de Trabajo para la terminación de la provisionalidad, por cuanto, esta obedeció a una causa objetiva y no a la patología que padecía la accionante.

Resaltó que el acto administrativo que se demanda, tuvo como génesis el cumplimiento del Decreto No. 021 de 21 de febrero de 2018, el cual se expidió como consecuencia de lógica de la declaratoria de nulidad del Decreto 086 de 10 de septiembre de 2013, que establecía la planta de personal del municipio de Flandes.

TESIS DEL DESPACHO

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, el Despacho considera que en el mandatario local del municipio de Flandes recaía la obligación de dar cumplimiento al fallo judicial que aquí se cita, por lo que de acuerdo a ello, se expidió el acto administrativo impugnado, y en consecuencia dio por terminada la relación laboral que hasta ese momento tenía con la demandante, de tal manera que como se citará más adelante, en virtud al nombramiento en provisionalidad que se le había hecho a esta y a la supresión del cargo, no existían elementos jurídicos, para que la misma continuara vinculada a ese municipio, además la estabilidad laboral alegada por la demandante, no se configuró. De acuerdo con lo ello, al no haberse demostrado cargo alguno de ilegalidad o, de vulneración de algún derecho constitucional de la demandante, el despacho desestimará las pretensiones de la demanda.

FUNDAMENTO DE LA TESIS DEL DESPACHO

Para desarrollar la tesis expuesta, el juzgado como primera medida realizará el análisis de las pruebas debidamente aportadas y practicadas, conforme lo establecido en el artículo 212 del C.P.A.C.A.

Cuaderno Principal:

1. Poder debidamente otorgado por el demandante (fl 1).
2. Copia de la Resolución No. 205 de febrero 27 de 2018 *"Por medio de la cual se da ejecución a la sentencia adoptada mediante el Decreto No. 021 de 2018, y en consecuencia, se dan por terminados algunos nombramientos en provisionalidad, y se declararan insubsistentes algunos nombramientos efectuados en cargos de libre nombramiento y remoción*" (fl 2 a 25).
3. Copia del Oficio sin número, del 28 de febrero de 2018, por medio del cual la entidad demandada, comunica a la demandante la decisión adoptada a traves del acto administrativo impugnado (fl 26).
4. Copia de la Resolución No. 456 de 10 de julio de 2014, junto con su respectiva acta de posesión "*Por medio del cual se hace un nombramiento provisional*", a la demandante en el cargo de Auxiliar administrativo -Servicios Generales – adscrito a la Secretaría de Gobierno y Servicios Administrativos del Municipio de Flandes, Código 470, grado 10 (fl. 27 a 29).
5. Resolución No. 01 de 02 de enero de 2015, "*Por medio de la cual se prorrogan unos nombramientos en provisionalidad*" (fls. 30 a 32).
6. Copia del Oficio sin número, del 02 de enero de 2015, por medio del cual la entidad demandada, comunica a la demandante la decisión adoptada a traves de la Resolución No. 01 de la misma fecha (fl 33).
7. Copia de la Resolución No. 384 de 04 de mayo de 2017, "*Por medio de la cual se hace un traslado dentro de la planta de personal*" (fl 34)
8. Copia del Decreto No. 086 de 10 de septiembre de 2013, "*Por medio del cual se establece la planta de personal del Municipio de Flandes Tolima*" (fls 35 a 36).
9. Copia de la historia clínica de la demandante (fl. 37 a 75).

10. Certificación de conciliación prejudicial (fl 76).

Cuaderno de pruebas parte demandante

1. Certificación de emolumentos recibidos por la demandante durante el último año laborado (fl. 2 a 4).

2. Copia del manual de funciones del cargo de Auxiliar de Servicios Generales (fl. 05 a 06).

3. Certificación de orden de prestación de servicios para desempeñar la función de mantenimiento y aseo general en las dependencias de la entidad demandada (fl. 07).

4. Certificación de modificación de la planta de personal del municipio de Flandes Tolima (fl. 8).

5. Copia de la historia laboral de la demandante (fl. 09 a 153).

Pruebas parte demandada

1. Poder debidamente otorgado por la entidad demandada (fl 124).
2. Copia de la sentencia de segunda instancia, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del medio de control de Simple Nulidad, interpuesto por Diego Arbeláez Jaramillo contra el Municipio de Flandes Tolima, bajo el radicado No. 73001-33-33-007-2014-00043-01 (fls. 129 a 154).
3. Copia de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibaguè, dentro del medio de control descrito en precedencia (fls. 155 a 171).
4. Copia del Decreto No. 021 de 21 de febrero de 2018 *"Por medio del cual se adopta una decisión judicial y se dictan otras disposiciones"* (fls. 172 a 189).
5. Copia de la sentencia de segunda instancia, proferida por el Consejo de Estado el 06 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela, impetrada por la señora Lisseth Janeth Ramírez Leal, en contra del Municipio de Flandes, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibaguè y el Tribunal Administrativo del Tolima (fls.190 a 211).
6. Copia de la Resolución No. 173 de 21 de febrero de 2018 "*Por medio de la cual se conforma un grupo interno de trabajo y se asignan unas funciones*" (fls. 212 a 214).
7. Copia del primer informe – Grupo de Trabajo- Resolución No. 173 de 2018 (fls. 215- 221)

Procede el Despacho a determinar si, en el caso concreto, la parte demandante cumplió con la carga probatoria requerida para demostrar los enunciados fácticos sobre los cuales edificó los cargos contra el acto administrativo impugnado, advirtiendo que el juzgador no está jurídicamente habilitado para estructurar o modificar, *a motu proprio*, los cargos de impugnación para acomodarlos a su criterio, pues si ello fuera posible se

rompería el equilibrio procesal y se vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada.

En forma previa a abordar el fondo del asunto, se hará referencia a la carrera administrativa y a la forma de proveer los empleos públicos en nuestro ordenamiento jurídico.

- **LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS.**

La Constitución Política en su artículo 125, determina las diferentes clases de empleos públicos, siendo la regla general la carrera administrativa, y exceptuando de la misma, los empleos de libre nombramiento y remoción, los ocupados por trabajadores oficiales y los demás que la ley determine.

Dicho precepto constitucional señala igualmente que la forma de nombramiento será por concurso público y que 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.

Por último, es claro ese precepto constitucional en determinar que el retiro del empleado procede *i) por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; ii) por violación del régimen disciplinario y iii) por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

Mediante la Ley 909 de 2004, el legislador expide las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, entre otras disposiciones, y sus normas son las aplicables para la época, tanto del nombramiento, como de la declaratoria de insubsistencia del demandante.

En el artículo 1º de dicha Ley se establece que, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- ✓ Empleos públicos de carrera;
- ✓ Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- ✓ Empleos de período fijo;
- ✓ Empleos temporales.

El título cuarto de la Ley 909 de 2004, preceptúa la forma de ingreso y ascenso al empleo público, y la forma de proveer el mismo, de la siguiente manera:

> *"Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.*
>
> *Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.*

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

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

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

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

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

Por último, el artículo 41 ibidem establece las causales de retiro del servicio de los empleados públicos:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. *El retiro del servicio de* ***quienes estén desempeñando empleos*** *de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

(...)

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

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

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

La Ley 909 de 2004, fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, el cual en su título II, respecto a la vinculación de los empleados de carrera, sostuvo lo siguiente:

"TITULO II

VINCULACION A LOS EMPLEOS DE CARRERA

CAPITULO I

Provisión de los empleos

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

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

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

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

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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

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

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

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

En lo atinente a la motivación de los actos de insubsistencia, de empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad en vigencia de la Ley 909 de 2004, el Consejo de Estado[1] ha manifestado:

> *"Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, (...)*
>
> *La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado".*

De todo lo anterior, se concluye que el nombramiento de un empleado de carácter provisional tiene un procedimiento especial supeditado, en primer lugar, al encargo del personal que se encuentre en carrera quienes tendrán tal derecho si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

Se extracta de la normatividad transcrita, que conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, hoy compilado en el Decreto 1083 de 2015, los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

El término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentra concebido para la vacancia definitiva hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen a la misma, sin que la norma establezca prórroga para los eventos señalados.

Por su parte, el **retiro debe ser motivado**, sin que ello implique equiparar los empleados provisionales con los que se encuentran en carrera, por cuanto se encuentran en situaciones administrativas diferentes, por lo que, en el caso de los empleados en provisionalidad, solo debe tenerse en cuenta que su retiro esté precedido de razones

[1] CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

claras, detalladas y precisas, ajustadas a la realidad, adoptadas con base en la normatividad vigente.

- **Del retiro del servicio de empleados por supresión del cargo**

A su turno el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973, señaló:

> *"Artículo 105.- El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce: (...)*
>
> ***1.** Por supresión del empleo.*
> *(...)"*

Tal suerte corrió la **Ley 27 de 1992**, quien mantuvo la causal de retiro del servicio así*:*

> *"**Artículo 7.** Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:*
> *(...)*
> *c) Por supresión del empleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la presente ley (...)"*

A su vez, el artículo 8 de la misma norma establece que los empleados de carrera administrativa cuyos cargos sean suprimidos, tendrán derecho a una indemnización o al derecho preferencial de reincorporarse dentro de la misma entidad.

A su turno, el **Decreto 1083 de 2015**, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, establece:

> *"ARTÍCULO 2.2.11.2.1 Derechos de los empleados de carrera por supresión del empleo. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.*
>
> *Mientras se produce la reincorporación, el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo.*

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado en el decreto ley el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

PARÁGRAFO. Producida la reincorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquella, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales."

Como se advierte, el derecho a ser reincorporado o a recibir la indemnización correspondiente solamente se reconoce a favor del empleado de carrera, sin que se pueda señalar lo mismo en relación con el empleado en provisionalidad.

De lo probado en el proceso

De las pruebas obrantes en el expediente se tienen las siguientes situaciones fácticas:

- Que por medio del **Decreto No. 086 del 10 de septiembre de 2013**, se estableció la planta de personal del Municipio de Flandes Tolima.
- Que mediante **Resolución No. 456 de 10 de julio de 2014**, la demandante fue nombrada en provisionalidad para desempeñar el cargo de **Auxiliar Administrativo Servicios Generales-,** Adscrita a la Secretaria de Gobierno y Servicios Administrativos, **Código 470, grado 04,** de la entidad demandada.
- Mediante **Resolución Número No. 01 de 02 de enero de 2015, se prorrogó,** entre otros**,** el nombramiento en provisionalidad de la aquí demandante.
- Que, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibaguè y confirmada por el H. Tribunal del Tolima en providencia del 29 de enero de 2018, dentro del medio de control de Simple Nulidad promovido por Diego Arbeláez Jaramillo en contra de Municipio de Flandes Tolima, se dispuso **Declarar la Nulidad** del acto administrativo contenido en el ***Decreto Municipal No. 086 de 10 de septiembre de 2013 "Por medio del cual se establece la planta de personal del Municipio de Flandes***"
- Por medio del **Decreto 021 de 21 de febrero de 2018**, la entidad territorial demanda, adoptó la mentada decisión judicial y dictó otras disposiciones, entre ellas la de tener como planta de personal de ese municipio, la establecida en el Decreto 173 del 31 de diciembre de 2008.
- Mediante la **Resolución No. 2015 de 27 de febrero de 2018**, proferida por el mandatario local de la entidad demandada, se dio ejecución a la sentencia adoptada mediante el **Decreto 021 de 2018**, y en consecuencia, dio por terminados algunos nombramientos en provisionalidad, entre ellos el de la demandante Blanca Doris

Arriero Parra y declaró insubsistentes algunos nombramientos efectuados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Dicho acto administrativo se motivó en los siguientes términos:

"(...)

EL ALCALDE MUNICIPAL DE FLANDES en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en especial las conferidas por los artículos 189, 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1.1 ANTECEDENTES

(...)

Que el Alcalde Municipal de Flandes (Tolima), mediante Decreto No. 086 de 10 de septiembre de 2013, estableció la planta de personal en cumplimiento de las facultades otorgadas por el Concejo Municipal, mediante el Acuerdo Ano. 007 de 31 de mayo de 2013, y señaló que dentro del termino de 60 días, expediría los actos administrativos de incorporación de los empleados a la planta de personal al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1746 de 2006.

Que una vez determinada la planta, el Alcalde Municipal expidió la Resolución NO. 538 de 15 de octubre de 2013, por medio de la cual realizó la incorporación d ellos empleados que se encontraban laborando al servicio de la administración central, a la nueva planta de personal fijada mediante Decreto 086. Acto Administrativo este que fue aclarado por Resolución No. 747 de 19 de noviembre de 2013.

Que previo a la expedición del Decreto No. 086 de 2013, se encontraba vigente el Decreto Municipal No. 173 de 31 de diciembre de 2008, acto administrativo que establecía la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Flandes.

1.2 DECISIÒN JUDICIAL QUE SE ADOPTA

(...)

Que, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, el Tribunal Administrativo del Tolima, con Ponencia del Dr. Carlos Arturo Mendieta Rodríguez, conoció el proceso en segunda instancia, y profirió Sentencia el pasado 29 de enero de 2018, mediante la cual confirmó la Sentencia de 16 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibaguè, dentro del medio de control de simple nulidad, que declaró la nulidad del Decreto No. 086 de 10 de septiembre de 2013.

Que como argumentos centrales que edificaron la decisión de segunda instancia, tenemos lo siguiente:

(...)

"2. La reforma de la planta de personal adoptada mediante el Decreto 086 de 10 de septiembre de 2013, implicó la creación de varios empleos, para lo cual el Burgomaestre debió atender lo dispuesto en el estudio técnico que indicó sustentaba el mentado acto administrativo, informe que únicamente recomendó la creación de nueve (9) cargos, mas no los veintisiete (27) que se crearon mediante el acto enjuiciado, esto significa que 18 cargos fueron creados sin justificación o

motivación técnica alguna, como lo exige la norma".

(..)

Que la sentencia mediante la cual se resolvió el recurso de apelación quedó debidamente ejecutoriada el día de febrero de 2018, y contra ella no procede recurso alguno.

Que, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que cuando la sentencia impone una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad liquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

1.3 ARGUEMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Según lo señalado por el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes, y, cuando la misma declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedan sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios.

Conforme al anterior contenido normativo, y aplicado al caso concreto, es dable afirmar que los actos administrativos que establecen las plantas de personal de las entidades públicas, son actos administrativos de carácter general (Decreto NO. 086 de 2013), tienen efectos en situaciones particulares, esto es, respecto a quienes se les suprime el empleo cuando no existe planta de personal en la cual se pueda laborar.

En este contexto, el acto administrativo particular y concreto que se deriva de un acto administrativo general que fue declarado nulo, recibe desde su creación los mismos vicios de la norma en que se fundamenta, pues dicha declaratoria retrotrae las cosas al estado inicial como si el acto nunca hubiere existido, es decir, produce efectos ex tunc, de tal suerte que, si el acto general nunca tuvo vigencia, igual suerte corren los actos de carácter particular.

(…)

Ahora bien, con ocasión de la declaratoria de nulidad del Decreto No. 086 de 2013, se hace necesario determinar cuál o cuáles son los actos administrativos vigentes que regulan lo relacionado a la planta de personal del Municipio de Flandes, de cara a la inexistencia de la misma.

En este sentido, vale la pena señalar que, la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, en sentencia C-402 de 2010, abordó la figura de la reviviscencia de la norma derogada, como consecuencia de los fallos de inexequibilidad, la que se justifica, por necesidad de establecer el peso específico que le asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y la garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.

(…)

Bajo este contexto, declarado nulo e acto administrativo que estableció la planta de personal del Municipio de Flandes- Tolima, RENACE O REVIVE el acto administrativo anterior, esto es, el contenido en el Decreto No. 173 del 31 de diciembre de 2008.

En consecuencia, se deberán expedir los actos administrativos de carácter particular y concreto mediante los cuales se incorporarán a la planta, el personal en carrera administrativa en su totalidad, al igual, que los provisionales que ingresaron a la administración municipal con antelación al decreto anulado y que además prestaron sus servicios en vigencia de este, así como

también, se hará la incorporación de algunos funcionarios del nivel directivo.

En igual sentido, y con el fin de dar cumplimiento a la sentencia que se adopta mediante el presente acto administrativo, se expedirán los actos que darán por terminados los nombramientos en provisionalidad efectuados en el año 2014, y que se hicieron en los cargos que fueran creados o adicionados en la planta declarada nula, con fundamento en lo señalado en el artículo 28 del Decreto 2400 de 1968, que al tenor reza:

> *"ARTÌCULO 28. La supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña. Salvo lo que se dispone para empleados inscritos en una carrera"*

(…)

1.3.1 LEY DE GARANTÌAS

Dado que, los empleados del municipio radicaron un oficio, en que manifestaron sus inquietudes respeto del cumplimiento de la sentencia en vigencia de la Ley de Garantías, resulta oportuno señalar que las providencias judiciales son de obligatorio cumplimiento, así lo estableció la Corte Constitucional en Sentencia C-367 de 2014, Magistrado Ponente, doctor MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

(…)

1.3.2 TERMINACIÒN DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES

Los empleados vinculados a la planta del municipio en provisionalidad en virtud del referido acto administrativo 086 de 2003, no tienen fuero o estabilidad laboral que obligue a la administración a su indemnización o a prolongar su permanencia en la función pública, por cuanto se itera, desapareció del ordenamiento jurídico la norma que habilitaba la misma, de suerte, que la continuación en el cargo conlleva necesariamente un detrimento patrimonial y una violación directa a lo señalado en el artículo 122 superior, dado que, se estarían cancelando acreencias laborales y prestaciones sociales a servidores públicos cuyos cargos no se encuentran contemplados en la respectiva planta.

(…)

Todo lo anterior, para significar que, con ocasión de los efectos de la sentencia proferida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que declaró la nulidad del Decreto 086 del 13 de septiembre de 2013, la administración por medio del presente acto administrativo, ordenará la terminación e algunas de las provisionalidades vinculadas con ocasión del mismo, por inexistencia de la planta que los creó y por ende inexistencia de los cargos a los cuales se les termina el nombramiento en provisionalidad, motivación que además de ser coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, resulta justificada y coherente, tal y como se hizo en mención en párrafos atrás.

(…)

Que, en merito de lo anteriormente expuesto, el Alcalde Municipal de Flandes;

RESUELVE

***ARTÌCULO PRIMERO: DAR** por terminados los nombramientos en provisionalidad efectuados en l Planta de Personal del Municipio de Flandes (Tolima), contenida en el Decreto No. 086 del 10 de septiembre de 2013, a los siguientes funcionarios:*

(…)

NOMBRE	*CEDULA*	*NIVEL*	*DENOMINACION CARGOS*	*TIPO DE VINCULACIÒN*	*CODIGO*	*GRADO*
BLANCA DORIS ARRIERO PARRA	*28.732.210*	*ASISTENCIAL*	*AUXILIAR ADMINISTRATIVO*	*PROVISIONALIDAD*	*407*	*10*

(…)".

Son básicamente tres (3) los cargos que le formula el libelista al acto administrativo impugnado, conforme se anota a folios 38 a 50 del expediente, los cuales son analizados a continuación:

I. VIOLACION DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO

II. EXPEDICION IRREGULAR POR INSUFICIENTE MOTIVACIÓN.

Los cargos se pasan a analizar por parte del despacho, de la siguiente manera:

I. VIOLACION DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO

Sea lo primero indicar que cuando se predica como causal de anulación del acto administrativo, su expedición con violación directa de la Ley, ésta se configura cuando la decisión que toma la administración y se plasma en el acto administrativo objeto de debate, es violatoria de esta o de la Constitución.

En referencia a esta primera censura, argumenta la parte demandante que el Municipio de Flandes en el acto administrativo acusado, viola las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, argumentando el cargo de la siguiente manera:

a) En primer término, la parte demandante sostiene que el **artículo 97 de la Ley 1437 de 2011,** señala que, "*salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando u 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 la suspensión provisional. PARÀGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa".*

   Refiere también, que se vulnera el debido proceso al no dar estricta aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no haber solicitado el Municipio de Flandes, el permiso previo ante el Ministerio de Trabajo de un trabajador en situación de discapacidad.

Igualmente indica que, se vulnera el debido proceso al no dar estricta aplicación a la Ley de Garantías electorales al modificar la nómina de la entidad con la expedición del acto acusado dentro de los 4 meses anteriores a la primera vuelta presidencial 2018.

Consideraciones del Despacho

Para el Despacho el anterior argumento carece de asidero jurídico, pues como está demostrado, puesto que la demandante el 16 de julio de 2014, fue vinculada a la administración del Municipio de Flandes en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo- Servicios Generales- Código 470 grado 10, en virtud de la expedición del Decreto Municipal No. 086 de 10 de septiembre de 2013.

Aunado a ello y con ocasión a las sentencias de primera y segunda instancia dentro del medio de control de Simple Nulidad, radicado bajo el No. 73-001-33-33-007-2014-00043-00, instaurado por Diego Arbeláez Jaramillo, contra el municipio aquí accionado, el mandatario local, dando cumplimento a tal providencia judicial expide la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018, por medio de la cual se adopta esa decisión judicial y en consecuencia, se dan por terminados los nombramientos en provisionalidad efectuados en la Planta de Personal del Municipio de Flandes contenidos en el citado Decreto 086 de 10 de septiembre de 2013. Debido a ello, no tiene asidero la afirmación del demandante, al considerar que se transgredió el artículo 97 del C.P.A.C.A., toda vez que, si bien es cierto la accionante fue vinculada a traves de un acto administrativo particular, ello obedeció al acogimiento de uno general como lo es el Decreto 086 de 2013, y al declarar la autoridad judicial la nulidad de ese Decreto, consecuencialmente quedarían sin efecto los actos administrativos derivados de este, tal es el caso del Decreto 456 del 10 de julio de 2014 y su prórroga, por medio del cual fue vinculada en provisionalidad la accionante a la planta de personal del municipio demandado.

De tal manera, no se requería que, por parte de la entidad demandada, se revocara directamente el acto administrativo, por medio del cual se vinculó a la demandante, pues como se dijo en antelación al declarar la nulidad del acto administrativo general, pierden validez los particulares que surgieron con la expedición de este.

Se entiende que con la declaratoria de nulidad de Decreto No. 086 de 2013, inmediatamente perderían continuidad los cargos que con ella fueron creados, de ahí que la supresión del cargo prevalece sobre la vinculación de empleados en provisionalidad. Así, lo manifestó la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia 17001233100020080021001 del 22 de noviembre de 2012 C.P. Gerardo Arenas, al reiterar que la supresión de cargos es una causal de retiro de los empleados del sector público, que está justificada por la necesidad de adecuar las plantas de personal de las entidades a los requerimientos del servicio, con el propósito de hacer más ágil y eficaz su función.

Ni los derechos de carrera de los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, ni la vinculación de los nombrados en provisionalidad son oponibles a la supresión.

Ahora bien, señala la parte demandante que, no se dio aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no haber solicitado permiso ante el Ministerio de Trabajo, para retirar del cargo a un empleado en situación de discapacidad.

Al respecto el despacho debe señalar que acerca de la situación médica de la accionante fue comunicada a la entidad demandada el día 11 de enero de 2018, según consta a folio 76 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, en donde reposa el memorial en el cual se informa por parte de la señora ARRIERO PARRA que ha sido diagnosticada con Síndrome del Túnel del Carpo y Epicondilitis de codos.

La historia clínica aportada con dicho memorial refleja lo siguiente:

> "EXAMEN FÍSICO
>
> SISTEMA NERVIOSO CENTRAL: PACIENTE CONSCIENTE-ORIENTADO-COLABORADOR, DOLOR EN EPICONDILO EXTERNO DE LOS CODOS, DISMINUCIÓN DE LA FUERZA AL AGARRE A MANOS LLENAS, SIGNOS DE TINEL Y PHALEN+BILATERAL.
>
> ANALISIS
>
> PACIENTE CON SINDROME DEL TÚNEL DEL CARPO Y EPICONDILITIS DE CODOS
>
> REQUIERE DE
>
> ELECTROMIOGRAFIA, NEUROCONDUCCIONES, ONDAS F Y REFLEJOS H PARA CONFIRMAR DIAGNOSTICO Y DECIDIR CONDUCTA.
>
> (…)
>
> RESTRICCIONES
>
> EVITAR TRAUMA REPETITIVO DE LAS MANOS DE PALMIFLEXIÓN, DORSIEXTENSION Y PRONOSUPINACION.
>
> NO LEVANTAR OBJETOS MAYORES A KG
>
> NO EXPONERSE A TEMPERATURAS EXTREMAS
>
> DEBE REALIZAR PAUSAS ACTIVAS CADA 5 MINUTOS"

A folio 82 del cuaderno de pruebas de la parte demandante reposa igualmente el oficio por medio del cual se le comunica a la hoy accionante en fecha 18 de enero de 2018, que debe acudir a Medicina Laboral con el fin de *"iniciar el proceso respectivo".*

Ahora, dilucidado lo anterior es necesario que el despacho se refiera a lo señalado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según lo decantado por la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU049 de 2017, al concluir:

> *"8. Síntesis de la unificación*
>
> *8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares* ***las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares,*** *con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La*

> *estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda".*

En el presente asunto, lo primero que resalta el despacho es que el diagnóstico que efectúa el galeno se **encuentra sujeto a confirmación**. Sin embargo aquel sí se atreve a señalar una serie de restricciones para que la accionante tuviera en cuenta, consistentes en la prohibición de realizar de manera repetitiva palmiflexión, dorsiextensión y pronosupinación. A pesar de ello, la situación médica de la señora ARRIERO PARRA no determina de manera inexorable que nos encontremos ante un caso de estabilidad laboral reforzada, por cuanto no existió un pronunciamiento médico que manifestara que aquella se encontraba **impedida o que se le dificultara *sustancialmente* *el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.***

Mírese al efecto que no es cualquier tipo de condición la que prescribe la norma, no es simplemente el padecer de una determinada situación médica, es una situación que según la interpretación de la Guardiana Constitucional, a pesar de no haber sido calificada, puede significar una pérdida de capacidad laboral, **sea esta moderada, severa o profunda.**

Por ello, en criterio del despacho, no le asistía obligación a la entidad demandada de solicitar autorización ante el Ministerio de Trabajo como lo afirma la parte actora, toda vez que la razón del retiro de la señora Blanca Doris Arriero, obedeció a una circunstancia objetiva, y no a un capricho de la administración para retirar a la misma del cargo que venía ocupando en provisionalidad, máxime cuando su condición médica no revelaba a la fecha en la que se produce la desvinculación, que aquella sufriera de una condición tal que dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores regulares y pudiera reflejar una pérdida de la capacidad laboral.

b) En segundo término, afirma la parte demandante que, con la expedición del acto administrativo demandado, se vulnera el presupuesto que dispone la necesidad de motivación del acto desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

   Para estos efectos resalta el apoderado del extremo demandante, que según lo ha planteado el Consejo de Estado, el nombramiento provisional deberá darse por terminado mediante resolución motivada, donde se expresen claramente los motivos de retiro, una vez notificado dicho acto administrativo, el funcionario podrá controvertirlos.

En relación con este aspecto, el órgano de cierre, mediante sentencia 00064 del 05 de julio de 20118, señaló:

> *"Con el fin de analizar este punto, es aconsejable que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para la validez de un acto*

administrativo. Es condición esencial que existan unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de tal decisión que contienen.

En otras palabras, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinen la e expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

Los motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y, por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte considerativa del acto. En todo caso, aunque no se mencionen expresamente los motivos, debe existir una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión administrativa, que normalmente está contenida en los "antecedentes del acto" representados por lo general en distintos documentos, como estudios, informes, etc. "

De tal manera, que en el acto administrativo aquí impugnado, es decir, la Resolución No. 205 del 27 de febrero de 2018 por el Alcalde Municipal de Flandes Tolima, se encuentran ajustada a los presupuestos dados por la jurisprudencia en cita, donde claramente se advierte que el mismo se profirió en cumplimiento a un fallo judicial, del cual al Decretarse la nulidad del Decreto 084 del 10 de septiembre de 2013, por medio del cual se creó la planta de personal del citado municipio y en consecuencia de este se nombró a la aquí demandante en provisionalidad en el cargo de auxiliar administrativa- servicios generales, código 470, grado 10.

Consideraciones del Despacho

De la lectura del acto impugnado se aprecia que la administración plasmó las razones por las cuales decidió declarar insubsistente la demandante, que fueron trascritas con antelación, razón por la cual no es posible asegurar que el acto administrativo demandado carece enteramente de motivación.

Ahora, corresponde realizar el análisis de dicha motivación a la luz de lo establecido por las Altas Cortes respecto al tema que ocupa la atención del despacho.

La Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la que reiteró la postura al señalar:

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

Lo referido encontró una vez más, la validación de la Corporación, tal y como se plasmó en la sentencia de Unificación 556 de 2014, en la que especificó:

*"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". (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Especificó la Corte en dicho pronunciamiento:

"Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia[2]. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

3.5.5. Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. **Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto.** *Es entonces, en dicha circunstancia, que 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. En ese sentido, debe "atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un*

[2] T-1206 de 2004

> *lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo*[3]*."*[4] *En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.*
>
> *(…)*
>
> *3.5.10. En síntesis, 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".*

Finalmente, en un pronunciamiento emitido en sede de tutela, la Alta Corporación manifestó:

> *"Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, **gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley**, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública"*[5]*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Ahora bien, la interpretación armónica de la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado respecto a la declaratoria de insubsistencia de empleados provisionales, permite concluir, que dichos actos, además de motivarse, lo deben ser de una manera específica, y si se quiere rigurosa, porque dicha facultad, en consonancia con la cualificación del empleo que ocupa quien fuera nombrado para ocuparlo en provisionalidad, esto es, el ser de carrera, implica de suyo una estabilidad que si bien es relativa, no deja de ser estabilidad al fin y al cabo.

Así, los pronunciamientos efectuados al respecto indican que las causas para determinar dicho retiro, convergen en ser las *disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza.* Incluso, la

---

[3] *Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: "En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar." A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: "La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado." Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.*

[4] C-279 de 2007.

[5] Sentencia T-096 de 2018

Corte Constitucional reclama el razonamiento lógico relativo a esa *"otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"*.

Causal de Retiro del servicio al empleado, por supresión del cargo:

Ahora bien, en lo que respecta a esta causal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional coincide con la del Consejo de Estado en el sentido de concluir que la administración pública tiene la facultad de adecuar su funcionamiento a las necesidades del servicio, por lo que puede crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, sin que ello implique el menoscabo del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores inscritos en la carrera administrativa. En consecuencia, cuando existan motivos de interés general, encaminados a permitir una mayor eficacia y eficiencia de la función pública, es permitido suprimir empleos. No obstante, esto no quiere decir que los ***empleados con derechos de carrera*** a los que se les suprime su empleo queden excluidos del servicio sin ninguna contraprestación, pues por el contrario, la ley prevé mecanismos de garantía de sus derechos como son la incorporación, la reincorporación y la indemnización.

Frente a lo anterior el h. Consejo de Estado, dentro del expediente manifestó:

> "(..)
> *Sea lo primero destacar que la demandante accedió al cargo suprimido mediante nombramiento en provisionalidad (fl. 8), hecho aceptado en el recurso de alzada, es decir que en su ingreso sólo intervino la discrecionalidad del nominador sin que mediaran los requisitos, formas y procedimientos que establece el sistema de carrera administrativa para la provisión por mérito. En este caso, no resulta ser cierto que la resolución enjuiciada no estuviera motivada, por cuanto ese acto se fundó, para separar del servicio a la actora, en un proceso de reestructuración administrativa (acuerdo 010 de 18 de junio de 1999) que había dispuesto la supresión, entre otros, de empleos desempeñados en provisionalidad. (…)*
> *Como es sabido, la supresión del empleo ha sido prevista por el legislador desde tiempo atrás y es considerada como una causal de retiro del servicio por cesación definitiva de funciones, la cual se predica respecto de cualquier empleo público, independientemente de su naturaleza y forma de vinculación (libre nombramiento y remoción, provisionalidad, carrera administrativa). Es importante manifestar, que la idoneidad profesional para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de funciones, son condiciones que por si solas no otorgan prerrogativas de permanencia y continuidad en el servicio, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario (…)".*

El mismo órgano de cierre, se pronunció en igual sentido asi: (05001-23-31- 000-2002-00939-01(2238-12) del 21 de noviembre de 2013)

> "(…)
> *La Sala reitera que sólo los empleados públicos que desempeñen un cargo de carrera tienen derecho al pago de la indemnización por la supresión del cargo. Lo anterior, por cuanto el ingreso de dichos servidores a la administración pública se realiza a través del concurso y con el cumplimiento de etapas de evaluación. Como su vinculación está relacionada íntimamente con el principio de evaluación del mérito, es menester que el Estado, cuando proceda a suprimir empleos en aras del interés general y el mejoramiento del servicio, los compense con una indemnización. En el caso sub*

> *examine, se encuentra que la parte actora no demostró su inscripción en el escalafón de carrera administrativa en el cargo de celador. Se concluye que la administración podía retirarlo del servicio como consecuencia de la supresión de la planta de personal que dispuso el Acuerdo 03 de 28 de agosto de 2001, sin que estuviera obligada a reincorporarlo o indemnizarlo, pues no tenía derechos adquiridos de carrera administrativa y no estaba sujeta al procedimiento de retiro propio de esta clase de servidores. (…) Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que ocupar un cargo de carrera administrativa al cual se accedió en forma ordinaria y no mediante el sistema especial de méritos, no le otorga a quien lo ocupa fuero alguno de estabilidad. Las prerrogativas que confiere este sistema de méritos se predican del funcionario que concursó, superó y fue inscrito en el escalafón de la misma, mas no de quienes se vincularon por decisión discrecional del nominador, pues mal pueden pretender que esta vinculación precaria les confiera derechos de permanencia (…)".*

No puede omitir el despacho, que la declaratoria de insubsistencia de la aquí demandante, obedeció a una circunstancia razonable por parte del municipio enjuiciado, tal como el cumplimiento a un fallo judicial, en este caso el proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibaguè, y confirmado el 29 de enero de 2018 por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del medio de control de simple nulidad, adelantado por Diego Arbeláez Jaramillo contra el Municipio de Flandes Tolima, bajo el radicado número 73-001-33-33-007-2014-00043-00.

Al respecto, el máximo Tribunal en Sentencia T- 404 de 2018, señaló:

> *El derecho de acceso a la administración de justicia no se circunscribe exclusivamente al ejercicio del derecho de acción, sino que está inescindiblemente vinculado al debido proceso y a la expectativa de las partes de que, una vez en firme, la decisión judicial que pone fin a una controversia se materialice en debida forma. Desconocer esta premisa básica implicaría soslayar el carácter vinculante y coercitivo de las providencias judiciales, en detrimento no solo de los derechos fundamentales, sino del orden constitucional vigente*.

Y más adelante afirmó:

> *La justicia es uno de los fundamentos teológicos del ordenamiento jurídico colombiano, motivo por el cual entre los fines esenciales del Estado Social de Derecho se encuentra el de asegurar la vigencia de un orden justo. Para lograr ese objetivo se han consagrado diferentes garantías, una ellas consiste en el obligatorio cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, lo que condujo a que la Corte Constitucional desde muy temprano en su jurisprudencia reconozca a esta exigencia como un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del debido proceso y el acceso a la administración de justicia. A su vez, se le reconoce como uno de los mecanismos mas importantes para la existencia y el funcionamiento del sistema jurídico.*

Luego dijo:

> *En consecuencia, ejecutoriada una providencia judicial, los sujetos procesales deben cumplirla, máxime cuando se encuentren involucradas garantías constitucionales fundamentales, escenario este último en el cual el desacato de la orden además de desconocer las normas aplicadas, las facultades de los jueces, de cumplir la*

Constitución y la ley, la seguridad jurídica y la cosa juzgada, puede amenazar o vulnerar los derechos superiores que se encuentren comprometidos. Se trata, en consecuencia, de una garantía destinada a conseguir también la efectividad de los derechos superiores que se busca proteger en providencias judiciales ".

Encuentra el Despacho asidero jurídico a la manifestación del municipio demandado, de que la expedición de la Resolución aquí impugnada, es decir la 205 del 27 de febrero de 2018, por medio de la cual se dio por terminada la relación laboral con la señora Blanca Doris Arriero Parra y otros, se debe a la declaratoria de nulidad del Decreto 086 de 10 de septiembre de 2013 ordenada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibaguè y confirmada por el H. Tribunal Administrativo de Ibaguè. Acto administrativo este por medio del cual, entre otros, se creó el cargo de Auxiliar Administrativa de Servicios Generales, código 470, grado 10, que a este ese momento ocupaba la actora, en provisionalidad, por lo tanto, resultaba al municipio demandado necesario, dar cumplimiento a esa declaratoria de nulidad, en los términos dados en el mentado proveído.

Frente a la aseveración de la parte actora, al referirse que el municipio demandado, no respetó los términos de ejecutoria de la mentada providencia de alzada, para expedir el acto administrativo impugnado, valga resaltar que no obra dentro del plenario prueba alguna que respalde tal reclamación, por lo que la parte demandante tenía la carga de procurarla con el fin de desvirtuar lo dicho por la entidad, quien señaló que una vez cobró ejecutoria la sentencia de segunda instancia dentro del multicitado medio de control, fue que se expidió la Resolución No. 205 del 27 de enero de 2018.

En síntesis, al ser la legalidad de la cesación del nombramiento en provisionalidad, una presunción legal, la misma puede ser desvirtuada a través de cualquiera de los medios probatorios legalmente estipulados, pues tal presunción, como lo ha expresado la jurisprudencia del órgano de cierre, surge del mismo principio de legalidad, al cual están sometidas las autoridades en ejercicio de sus funciones, que las obliga a obrar de manera ajustada a la Constitución, la ley, los reglamentos etc.

En consecuencia, se itera que al ser una presunción legal, para efectos de anular la decisión tomada, **la parte demandante tiene la carga probatoria** de demostrar los fundamentos fáctico jurídicos en los cuales apoya los cargos de anulación, que son base de sus pretensiones conforme lo preceptúa el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 211 del C.P.A.C.A.

De acuerdo con lo expuesto, es posible concluir, que ninguno de los cargos esbozados por la parte actora para invocar la nulidad del acto administrativo demandado tuvo vocación de prosperidad, pues tal como puede verse, no se logró demostrar que el acto administrativo que contiene la decisión de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad, hubiese estado viciada de falsa motivación o de desviación de poder, lesionado el interés general y mucho menos que se le hubiera violado su derecho al debido proceso, ni que tal retiro se hubiera dado por retaliaciones políticas del alcalde de turno, así como tampoco se acreditó que la señora Blanca Doris Arriero Parra ostentara la condición de empleada con estabilidad laboral reforzada, motivos por los cuales habrá de negarse las pretensiones de la demanda.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Así las cosas, se condenará en costas de primera instancia a la PARTE DEMANDANTE, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación; incluyendo en la liquidación el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a favor del ente demandado.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda interpuesta por **BLANCA DORIS ARRIERO PARRA** en contra del **MUNICIPIO DE FLANDES TOLIMA**, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante por las razones expuestas con antelación, incluyéndose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, a favor de la demandada. Por Secretaría, liquídense.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA

Firmado Por:

SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 4 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE

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:
e6b28b2e42665050d9e1e51db13c762624b0edf5bfb742bbe21e49d5bc229e7d

Documento generado en 10/08/2020 10:42:47 a.m.