



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	73001-33-33-006-2021-00240-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	DANIAN OROZCO GARAVIS
Demandado:	DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA – REINTEGRO DOCENTE NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 182 A y 187 del C.P.A.C.A. adicionado por la Ley 2080 de 2021, se procede a dictar sentencia anticipada en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **DANIAN OROZCO GARAVIS** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

1. PRETENSIONES

- 1.1.** Que se declare la nulidad del numeral 122 del artículo 1 del Decreto 0166 de 12 de febrero de 2021, expedido por el gobernador del Departamento del Tolima, en lo relacionado con la declaratoria de insubsistencia del cargo de docente provisional vacancia definitiva que desempeñaba el accionante en la Institución Educativa Técnica Los Andes-sede Concentración de Desarrollo Rural Planadas.
- 1.2.** Que se declare la nulidad de la decisión administrativa contenida en el oficio TOL2021EE007205 de 5 de marzo de 2021, mediante la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA resolvió negativamente un recurso de reposición presentado por DANIAN OROZCO GARAVIS para que se revocara la orden de insubsistencia contenida en el numeral 122 del artículo 1 del Decreto 0166 de 12 de febrero de 2021.
- 1.3.** Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento de derecho de ordene:
 - 1.3.1.** El reintegro del accionante, sin solución de continuidad, al cargo que venía ocupando como docente provisional en la vacante definitiva del e4nte territorial accionado.
 - 1.3.2.** El reconocimiento y pago de los salarios causados y dejados de percibir desde el 16 de febrero de 2021, cuando se produjo la insubsistencia, y hasta cuando se haga efectivamente el reintegro mediante acto administrativo.

1.3.3. El reconocimiento y pago de los dineros dejados de percibir por prestaciones sociales, primas de servicios, primas de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones pedagógicas y demás emolumentos causados desde el 16 de febrero de 2021, hasta cuando se produzca el reintegro.

1.3.4. El reconocimiento y pago de los aportes causados, para salud, pensión, ARL y parafiscales desde el 16 de febrero de 2021, hasta cuando se produzca el reintegro.

1.3.5. Los intereses moratorios e indexación sobre las sumas anteriores.

1.3.6. La condena en costas del proceso y agencias en derecho.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que mediante el Decreto 2465 del 19 de julio de 2013, proferido por el gobernador del Departamento del Tolima, se nombró a DANIÁN OROZCO GARAVIS en provisionalidad en la planta global de cargos de la Secretaría de Educación y Cultura en el cargo de docente de aula del nivel básica secundaria y media para el área de ciencias sociales de la Institución Educativa Técnica Los Andes-sede Concentración de Desarrollo Rural del municipio de Planadas.

2.2. Que, conforme al acto administrativo de vinculación, el desempeño del accionante fue en el área de ciencias sociales y no fue variado por ningún acto administrativo que hubiere sido notificado previamente por el ente territorial.

2.3. Que en el acto de nombramiento se dispuso que el nombramiento provisional sería hasta cuando se proveyera el cargo en propiedad o en periodo de prueba de acuerdo con el listado de elegibles productos de concurso.

2.4. Que en el artículo 10 del Acuerdo CNSC 20181000002536 del 19 de julio de 2018, se establecieron las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de directivos docentes y docentes en establecimientos educativos oficiales que prestan sus servicios a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizados y reglamentados por el Ministerio de Educación Nacional ubicada en la entidad territorial certificada en Educación Departamento del Tolima, proceso de Selección No. 604 de 2018, y los que se detallaron los empleos y cargos objeto del proceso.

2.5. Que en el mentado acuerdo se convocó a concurso para docente de aula en el área de ciencia sociales únicamente cinco vacantes.

2.6. Que mediante Acuerdo No. 20181000009136 del 28 de diciembre de 2018, de la CNSC, se modificó el artículo 10 del Acuerdo CNSC 20181000002536 del 19 de julio de 2018, pero no en lo relacionado con las vacantes ofertadas para docente de aula en el área de ciencias sociales en el municipio de Planadas.

2.7. Que cuando se publicó la OPEC para la audiencia pública de exigencias de plazas, nunca se ofertó la plaza que ocupaba el demandante en la I.E. Técnica Los Andes-sede Concentración de Desarrollo Rural en el municipio de Planadas.

2.6. Que pese a no haberse convocado concurso para el cargo de docente de aula en el área de sociales en el municipio de Planadas, se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, sin que en el acto administrativo se hubieren detallado los motivos para esto.

2.7. Que el acto administrativo de insubsistencia fue notificado el 16 de febrero de 2021, y contra este se interpuso recurso de reposición el 28 de febrero de 2021, el cual fue resuelto el 5 de marzo de 2021, expresándose lo siguiente:

“En el presente caso, si su plaza no fue ofertada, es imprescindible mencionar que la dependencia de Planta y Personal de la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima realizó un estudio con el Sistema Humano Web y Sistema Integrado de matrícula (SIMAT), y evidenció exceso de personal docente para algunos niveles académicos”.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, pues el acto administrativo demandado está ajustado a derecho, como quiera que la insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo que venía ocupando tuvo lugar porque luego de una revisión de la planta global no fue posible su ubicación.

Agregó, que según el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, con la lista de elegibles se podrán cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados a concurso, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad; y que por esto, si bien la plaza que ocupaba el accionante no fue ofertada, este no es un impedimento para que la misma pudiera ser cubierta por docentes con mejor derecho que tenían derechos de carrera.

Con base en lo anterior formuló como excepción la denominada *“legalidad del acto administrativo acusado”*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

Guardó silencio.

4.2 Parte demandada

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que al momento de resolver el recurso de reposición del accionante contra el acto administrativo demandado, se amplió la argumentación para la declaración de insubsistencia, explicándose que a pesar de que la plaza del docente no fue ofertada, al realizarse un estudio en el SIMAT se evidenció *“exceso de personal docente para algunos niveles académicos”*, lo cual se ajusta a lo regulado en el

artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015, que admite como causal de terminación de un nombramiento provisional la realización de cambio de perfil de cargos o por efectos de estudios de la planta de personal.

II. CONSIDERACIONES

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Le corresponde al Despacho resolver si: ¿es procedente, bajo la causal de falsa motivación, declarar la nulidad del acto administrativo demandado, por medio del cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA dio por terminado el nombramiento en provisionalidad que ostentaba el señor DANIAN OROZCO GARAVIS en el cargo de docente de aula de básica secundaria y media del área de ciencias sociales, y si, como consecuencia de lo anterior, debe ordenarse el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación? O si, por el contrario, ¿se evidencia que el acto demandado no adolece de ningún vicio debido a que está legalmente motivado en la supresión del cargo que ocupaba el demandante, que tuvo lugar con ocasión a la modificación de la planta de empleo docente de la entidad territorial por “*exceso de personal docente para algunos niveles académicos*”?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1. Tesis de la parte accionante

Considera que el acto administrativo demandado está viciado de falsa motivación, pues el cargo que ocupaba el señor DANIAN OROZCO GARAVIS en provisionalidad en la planta de empleo docente del Departamento del Tolima no fue ofertado en el concurso de méritos y tampoco hizo parte de la lista de vacantes en la audiencia pública de escogencia de empleo que tuvo lugar dentro de las etapas de dicho concurso, y, en tal medida, no existía fundamento para declarar insubsistente su nombramiento.

6.2. Tesis de la parte accionada

Considera que las pretensiones de la demanda no tienen vocación legal, pues la vacante que ocupaba en provisionalidad el actor fue eliminada debido a que luego de realizado el concurso de méritos, se hizo un estudio con el S.I.M.A.T. y se concluyó que había exceso de personal docente para algunos niveles académicos.

6.3. Tesis del despacho

Debe negarse la excepción propuesta por el Departamento del Tolima, denominada “*Legalidad del acto administrativo acusado*”, pues de las pruebas valoradas logró evidenciarse que dicho acto está viciado por falsa motivación, y por esto debe ser declarado nulo en lo que respecta a la desvinculación laboral del demandante, como quiera que la declaración de insubsistencia del mismo en el cargo docente que venía ocupando en provisionalidad, no obedeció a ninguna de las causales legales para el retiro del servicio de un empleado provisional, en tanto no se fundamentó ni en la

provisión definitiva del empleo por superación de un concurso de méritos ni en la supresión del cargo por una reforma de la planta de personal docente de la entidad territorial que se hubiera adelantado con sujeción a la normatividad aplicable y con base en estudios técnicos sobre la necesidad del servicio o la modernización de la administración, ni en ninguna de las otras causales contemplada en el artículo 63 del Decreto 1278 de 2002.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. El 9 de julio de 2013, a través del Decreto No. 2465 , se nombró en provisionalidad a DANIAN OROZCO GARAVIS en el cargo de docente de aula del nivel básica secundaria y media del área de ciencias sociales en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo Rural del municipio de Planadas.	Documental: Decreto No. 2465 de 9 de julio de 2013 (Documento 004AnexosDemada, Fl.1-3.)
2. El 9 de agosto de 2013, el señor demandante tomó posesión del cargo en provisionalidad como docente de aula en el nivel de básica secundaria y media del área de ciencias sociales en la I.E. Técnica Los Andes-sede Concentración de Desarrollo Rural del municipio de Planadas, adscrito a la planta global de cargos del personal docente y directivo docente de la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima.	Documental: Acta de posesión de 9 de agosto de 2013 (Documento 004AnexosDemada, Fl.4.)
3. El 2 de febrero de 2022, mediante Decreto 0166 se declaró insubsistente el nombramiento de varios docentes que ocupaban en provisionalidad unas vacantes definitivas, a partir del 16 de febrero de 2021, incluyendo, en el numeral 122 del decreto, al señor DANIAN OROZCO GARAVIS, quien ocupaba un cargo en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Con de Desarrollo Rural del municipio de Planadas.	Documental: Decreto 0166 de 2 de febrero de 2022 (Documento 004AnexosDemada, Fl.5 -21)
4. El 28 de febrero de 2021, a través de radicación No. TOL2021ER007541, el demandante interpuso recurso de reposición contra el artículo primero del Decreto 166 de 2021, en lo que respecta a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo de docente que ocupaba en la I. E. Técnica Los Andes-Sede Con de Desarrollo Rural del municipio de Planadas, fundamentándose en que en el concurso de méritos no se ofertó dicho cargo y que la desvinculación no se debió a alguna imposición de sanción disciplinaria o una calificación insatisfactoria.	Documental: Recurso de reposición y pantallazo de radicación (Documento 004AnexosDemada, Fl. 23, 28, 301 y 31)
5. En pantallazo que se reputa de la C.N.S.C. se registra para la I.E. Técnica Los Andes del municipio de Planadas, una vacante para el cargo en el área de ciencias Sociales, ubicado en la sede principal-zona rural, y otras seis vacantes para el mismo cargo en ese municipio en otras instituciones educativas.	Documental: Pantallazo de la plataforma de C.N.S.C. (Documento 004AnexosDemada, Fl.29)
6. En pantallazo que se reputa de la lista de vacantes publicada por la C.N.C.S. para las audiencias de escogencia de empleo figura una vacante para el área de ciencias sociales en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Principal Zona Rural y otras seis vacantes para el mismo cargo en otras instituciones educativas del mismo municipio.	Documental: Pantallazo de la paltforma C.N.S.C. (Documento 004AnexosDemada, Fl.29)
7. El 5 de marzo de 2021, el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA profirió el oficio TOL2021ER007205, mediante el cual resuelve la petición TOL2021ER07541 del señor DANIAN OROZCO	Documental: Oficio de 5 de marzo de 2021 del Departamento del Tolima

GARAVIS, indicándole que el Departamento del Tolima realizó concurso de méritos a través de la convocatoria No. 604 de 2018, para proveer empleos vacantes de directivos docentes y docentes en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto y que la audiencia pública de escogencia de vacante definitiva se llevó a cabo del 20 al 25 de enero de 2021, y también explicó que el departamento declaró insubsistentes a algunos docentes por efectos de planta de personal.	(Documento 004AnexosDemada, Fl.33)
8. El 19 de julio de 2018, la C.N.S.C. expidió el Acuerdo 20181000002536 por medio del cual establece las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente vacantes de directivos docentes y docentes en establecimiento educativos que prestan su servicio población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-Proceso de Selección No. 604 de 2018.	Documental: Acuerdo 20181000002536 de 19 de julio de 2018 (Documento 004AnexosDemada, Fl.35-61)
9. El 28 de diciembre de 2018, se modificó el acuerdo 10 del Acuerdo 20181000002536 del 19 de julio de 2018, detallándose los empleos y cargos objeto del proceso de selección No. 604 de 2018, incluyéndose para docente de aula de ciencia sociales en el municipio de Planadas, un total de cinco vacantes.	Documental: Modificación de 28 de diciembre de 2018 sobre Acuerdo 20181000002536 de 19 de julio de 2018 (Documento 004AnexosDemada, 62-65)
10. En pantallazo de “REPORTE OPEC 2020 ENTIDAD TERRITORIAL TOLIMA” de la C.N.S.C. se registra una vacante para el área de ciencias sociales en la I.E. Técnica Los Andes Sede Principal-Zona Rural en Planadas, y otras seis vacantes para otras instituciones educativas del mismo municipio.	Documental: Pantallazo de plataforma de la C.N.S.C. (Documento 004AnexosDemada, Fl. 66-73)

8. DEL EMPLEO EN CARRERA ADMINISTRATIVA, LA CARRERA DOCENTE, EL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD Y LA SUPRESIÓN DE LOS CARGOS

En la Ley 909 de 2004, se reguló el sistema de empleo público, estableciéndose que dicha norma es aplicable a los servidores que se desempeñen en empleos de la carreras administrativa de las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel nacional y sus entes descentralizados, en corporaciones autónomas regionales, personerías, Comisión Nacional del Servicio Civil, Comisión Nacional de Televisión, Auditoría General de la República, Contaduría General de la Nación, **entidades del nivel territorial** y sus entes descentralizados y empleados de las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Juntas Administradoras Locales de acuerdo con lo previsto en constitución, y que es aplicable de forma supletoria frente a otros servidores públicos de las carreras especiales como los que sirven a la Rama Judicial, a la Procuraduría General, a la Contraloría General, a la Fiscalía, entes universitarios autónomos y Congreso de la República

En el artículo 1 de la ley mencionada, se señala que hacen parte de la función pública los siguientes empleos:

a) Empleos públicos de carrera.

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.

c) Empleos de período fijo.

d) Empleos temporales.

En el caso que nos ocupa y en relación con el régimen de carrera docente, la Ley 715 de 2001, en su artículo 38 dispuso que la provisión de los cargos se realizará por parte de la respectiva entidad territorial.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 1278 de 2002, se señaló que esta norma tiene como objeto *“establecer el Estatuto de Profesionalización Docente que regulará las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes”*.

Los empleos de carrera docente se proveen en periodo de prueba con las personas que hayan superado el concurso de méritos, también regulado en los artículos 8 y 9 de la norma atrás mencionada; ahora, mientras se surte dicho concurso de méritos, estos empleos se pueden proveer por encargo, esto es con los empleados ya nombrados en carrera que cumplan con los requisitos para el ejercicio del cargo a proveer.

Igualmente, en virtud de lo contemplado en el artículo 13 ibidem, se podrán proveer transitoriamente los empleos docentes, que tengan vacancia definitiva o temporal, mediante nombramientos provisionales de personas que cumplan con los requisitos y perfiles exigidos para su ejercicio; estos nombramientos están supeditados al tiempo en que duren las situaciones administrativas de separación temporal del cargo o hasta que, en caso de las vacancias definitivas, se surta el proceso de mérito.

Ahora, el retiro del servicio de los docentes o directivos docentes está regulado en el capítulo VII de la norma en revisión, en el cual se establecen como **causales de retiro del servicio**, las siguientes:

“ARTÍCULO 63. RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los educadores estatales se produce en los siguientes casos:

a) Por renuncia regularmente aceptada;

b) Por obtención de la jubilación o pensión de vejez, gracia o invalidez;

c) Por muerte del educador;

d) Por la exclusión del escalafón como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación o de desempeño;

e) Por incapacidad continua superior a 6 meses;

f) Por inhabilidad sobreviniente;

g) Por supresión del cargo con derecho a indemnización;

h) Por pérdida de la capacidad laboral docente, de acuerdo con las normas que regulan la seguridad social;

i) Por edad de retiro forzoso;

j) Por destitución o desvinculación como consecuencia de investigación disciplinaria;

k) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

l) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo, de conformidad con el artículo 50. de la Ley 190 de 1995, normas que la modifiquen o deroguen.

m) Por orden o decisión judicial;

n) Por no superar satisfactoriamente el periodo de prueba;

o) Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso;

p) Por las demás causales que determinen la Constitución, las leyes y los reglamentos”.

Ahora bien, pese a que el régimen especial de los docentes no consagra específicamente las consecuencias de la supresión del cargo, por ser empleados públicos de carrera les asisten los derechos contemplados en la Ley 909 de 2004.

En el anterior entendido y en casos de supresión del cargo, en el artículo 44 de la norma, se dispone que los **empleados públicos titulares de los cargos que sean suprimidos** ya fuere por liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencia, o por **modificación de planta de personal**, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal o, de no ser posible, podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

Y, frente a las reformas de las plantas de personal de empleo de las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial, según lo ordenado en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, deberá **existir sujeción a las necesidades del servicio o razones de modernización de la administración y a las justificaciones y estudios técnicos que las demuestren.**

Ahora, respecto de los nombramientos en provisionalidad, por vía jurisprudencial se ha complementado armónicamente lo consagrado en la referida ley; en tal medida, pese a que en tal norma no se dispuso directamente que las causales de retiro del servicio antes enlistadas son aplicables a los empleados nombrados provisionalmente en empleos de carrera administrativa, el Consejo de Estado¹, en sistematicidad con la jurisprudencia constitucional que se citará a continuación, ha

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 18 de marzo de 2015, radicación No. 25000-23-25-000-2006-02680-02(2698-11), en cita de sentencia de 28 de septiembre de 2010 de la misma sección, con radicado interno No. 0883-2008.

señalado que los actos que ordenen el retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad deben estar motivados en atención a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que consagra las causales del retiro del servicio de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, es decir que la desvinculación de los empleados provisionales no puede obedecer a la discreción del nominador.

Lo anterior, es conocido como el derecho a la motivación de los actos administrativos, y resulta no de la existencia de pertenecer a un cargo en carrera sino *“por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador”*²; además de que *“es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso -predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales exceso de la Administración, entre otros preceptos constitucionales”*³.

Tal sujeción a las causales legales de retiro en el caso de los empleados nombrados en provisionalidad proviene de la estabilidad laboral relativa que cobija a estos empleados, en aplicación del principio a la igualdad que conlleva a un trato igual por parte de la administración a quienes desempeñan un empleo de carrera administrativa, a saber:

*“Tratándose de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que **únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación**. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”*⁴.

*“Los antecedentes jurisprudenciales y legales citados evidencian y resaltan en este momento, la necesidad de motivar los actos de retiro cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad por esa mera condición, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales”*⁵.

9. DE LA FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El vicio de falsa motivación que puede afectar un acto administrativo hace referencia a la existencia de una motivación por parte de la autoridad que lo prefiere, pero que no corresponde a los hechos⁶; este de vicio es del tipo material, y el Consejo de Estado lo ha explicado también como *“aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto”*⁷.

Para que se configure la falsa motivación deben configurarse estos tres elementos:

² Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

³ Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2011.

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-063 de 2022, T-464 de 2019 y SU-446 de 2011.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 18 de marzo de 2015, radicación No. 25000-23-25-000-2006-02680-02(2698-11).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de julio de 2018, radicación No. 10010325000201000064 00 (0685-2010)

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2013, radicación No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

- i. *“La existencia de un acto administrativo total o parcialmente.*
- ii. *La existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos.*
- iii. *La efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto se encuentra falsamente motivado”.*

Entonces, la falsa motivación se considera demostrada **cuando los motivos de la decisión y los argumentos ofrecidos no concuerdan con la realidad fáctica y probatoria**, es decir cuando ocurre uno de estos tres eventos⁸:

- a. Los motivos que determinaron la decisión adoptada se basan en hechos que no estaban debidamente acreditados.
- b. Si bien se probaron unos hechos, estos no se tuvieron en cuenta, lo cual hubiese podido conllevar a una decisión sustancialmente diferente.
- c. Hubo una apreciación errónea de los hechos: *“de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo”.*

10. CASO CONCRETO.

10.1 FALTA DE MOTIVACIÓN PARA LA DESVINCULACIÓN DEL DEMANDANTE DEL CARGO PROVISTO EN PROVISIONALIDAD

El demandante acude a este medio de control con el objeto de que se declare la nulidad del Decreto No. 0166 de 12 de febrero de 2021, proferido por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad en el empleo que ocupaba como docente de aula de ciencias sociales en la Institución Educativa Técnica Los Andes-sede Concentración de Desarrollo Rural Planadas, y del acto administrativo que denegó el recurso de reposición interpuesto contra tal acto que declaró su insubsistencia en el cargo.

El demandante alega que no existió motivación para su desvinculación toda vez que, no obstante que se realizó un concurso de méritos para proveer cargos docentes en el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA de forma definitiva, el cargo que él desempeñaba no fue ofertado en tal concurso y por esto tampoco hizo parte de los empleos vacantes que fueron objeto de escogencia en las audiencias para elección de vacante definitiva.

Por su parte, el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA señaló en la contestación de la demanda que la insubsistencia del nombramiento del demandante se fundamentó en una revisión de la planta global, luego de la cual no fue posible su ubicación; además, en los alegatos de conclusión, mencionó que a partir de un estudio realizado a través del S.I.M.A.T. se determinó que en la planta global había exceso de personal para algunos niveles educativos, y que esto soportó las desvinculaciones de algunos docentes que ocupaban cargos que no fueron ofertados en el concurso de méritos.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de marzo de 2020, radicación No. 52001-23-33-000-2015-00155-01(3093-16)

Según lo aportado a este proceso, se encuentra probado que el señor DANIAN OROZCO GARAVIS fue nombrado en provisionalidad el 9 de julio de 2013 en el cargo de docente de aula de nivel básica secundaria y media del área de ciencias sociales en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo Rural del municipio de Planadas, y tomó posesión de ese cargo el 9 de agosto de 2013.

Se evidencia que el 2 de febrero de 2021 se profirió el acto administrativo demandado, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de varios docentes que ocupaban en provisionalidad unas vacantes definitivas en el municipio de Planadas, a partir del 16 de febrero de 2021, incluyendo al demandante, quien ocupaba un cargo en la I.E. Técnica Los Andes-Sede con Desarrollo Rural del municipio de Planadas, habiéndose expuesto como antecedentes y justificación en la parte considerativa de ese acto que:

- i. Mediante Acuerdo No. 20181000002536 de 19 de julio de 2018 se convocó a concurso de méritos, Proceso de Selección 604 de 2018, para proveer empleos vacantes en los establecimientos educativos oficiales con población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto en el Departamento del Tolima.
- ii. La profesional universitaria de planta y personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima certificó que revisada la planta global de cargos docentes del departamento, se verificó que a esa fecha no existían vacantes definitivas de docente de aula en las cuales se pudiera ubicar a los docentes del municipio de Planadas Tolima que fueron desvinculados a través de ese acto.

Se observa que el acto fue recurrido por el accionante, bajo el argumento de que el cargo que ocupaba no fue ofertado en el concurso de méritos y que él no tuvo sanción disciplinaria o calificación insatisfactoria, y que dicho recurso fue resuelto negativamente por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA el 5 de marzo de 2021, a través de oficio en el que se le indicó al ex servidor que se adelantó la convocatoria No. 604 de 2018 para proveer vacantes de directivos docentes y que se declararon insubsistentes a algunos docentes por efectos de planta de personal.

También, de lo arrimado por el demandante, se avizora que el concurso de méritos al que hizo alusión el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA en el acto administrativo que declaró la insubsistencia y el que resolvió el recurso de reposición contra tal acto, se refiere al Acuerdo 20181000002536 del 19 de julio de 2018, modificado el 28 de diciembre de 2018, por medio del cual se establecieron las reglas del concurso para proveer de manera definitiva vacantes de directivos y docentes en instituciones educativas con población afectada por el conflicto en zona rural en el Departamento del Tolima, y allí se detalló que de los empleos objeto de ese concurso hacían parte cinco vacantes para el cargo de docente de aula de ciencias sociales en el municipio de Planadas.

Igualmente, según la documentación aportada por el accionante, la cual no fue objeto de ningún reparo, contradicción o tacha por parte de la entidad accionada, se observa que en el registro de oferta pública de empleos de la C.N.S.C. se incluyó únicamente para la I.E. Técnica Los Andes del municipio de Planadas una vacante

para el cargo de docente del área de ciencias sociales, y que este correspondía a la sede Principal Zona Rural, pues las otras seis vacantes registradas para el mismo cargo correspondían a otras instituciones educativas también del municipio de Planadas.

Por consiguiente, a partir de los hechos valorados con sujeción en la documentación arrojada, primero, se encuentra que **en el acto administrativo que declaró la insubsistencia del demandante en el empleo en que había sido nombrado en provisionalidad, no se especifica que la desvinculación del accionante se debió a que el cargo fue ofertado para proveerse a través de concurso de méritos** y que sería nombrada de manera definitiva en la vacante una persona que hubiera superado ese concurso, **pues en ese acto únicamente se mencionó que existió el concurso de méritos, sin otorgar más detalles, o sea como mera enunciación**; entonces, **se observa que la causal concreta de desvinculación o declaratoria de insistencia a partir del 16 de febrero de 2021, según la motivación del acto expresada más adelante del recuento del concurso, fue concretamente:**

*“Que la profesional universitaria de Planta y Personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima certificó que como consecuencia de los nombramientos en periodo de prueba del municipio de Ataco y **una vez revisada la planta global de cargos docentes de este ente territorial, a la fecha, no existen vacantes definitivas de docente de aula en las cuales se puedan ubicar a los docentes mencionado a continuación, pertenecientes al municipio de Planadas-Tolima**”.*

Lo anterior encuentra coincidencia con el registro de oferta pública de empleos de carrera u O.P.E.C. del concurso No. 604 de 2018, de conformidad con el Acuerdo 20181000002536 del 19 de julio de 2018, modificado el 28 de diciembre de 2018 en el que se evidencia **que la única vacante ofertada para ese mismo empleo en la misma institución educativa en donde laboraba el demandante, correspondía a la sede principal y no a la sede a la que el mismo estaba adscrito, es decir, el cargo que él ejercía no fue ofertado en el concurso de méritos ni en la audiencia pública de escogencia de vacante definitiva.**

Sobre lo recién valorado no hay oposición del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, pues **esta entidad explicó, en concordancia, que la insubsistencia del demandante en el mentado cargo, se debió a que luego de realizado el concurso, se realizó un estudio en la planta global de empleos y se concluyó que había exceso de personal en ciertos niveles y no había plaza en donde pudiera ser ubicado.**

Entonces, según lo expresado en el acto administrativo demandado, en correspondencia con lo argumentado por la entidad territorial, la motivación de dicho acto administrativo correspondería a la causal de supresión del empleo o modificación de la planta de personal y no a la provisión definitiva del empleo como consecuencia de un concurso de méritos.

Sin embargo, **no se observan soportes documentales de ninguna modificación en la planta global de empleo ni tampoco reposan pruebas sobre la supresión concreta del cargo que ocupaba el demandante, pues el Acuerdo mediante el cual se establecieron las reglas del concurso de méritos No. 604 de 2018 para proveer vacantes de docentes en unas instituciones educativas del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, no se trató de un acto que modificara la planta**

de empleos docentes de la entidad territorial, y la realización del concurso no implicó, *per sé*, la supresión de los empleos que no fueron ofertados.

Lo anterior, por cuanto si bien la apertura de un concurso de méritos y la modificación de una planta de empleo pueden tener relación dado que versan sobre los cargos de una entidad, no son el mismo proceso y la realización del primero no automatiza lo segundo, ya que, como se estudió acápite atrás, la reforma de la planta de personal es un mecanismo autónomo y propio que debe adelantarse, no con base en el concurso de méritos, pues, sino con base en estudios técnicos que consulten las necesidades del servicio o las razones de modernización de la administración.

De esa manera, se recalca, en el sub judice **solo está probado que se adelantó un concurso de méritos para proveer vacantes definitivas en unas instituciones educativas del departamento, en el cual no se incluyeron varios empleos docentes existentes que eran ocupados por empleados nombrados en provisionalidad, como el caso del señor DANIAN ORZOCO GARAVIS, y no está probado que se hubiera adelantado un proceso de modificación de la planta de personal, con el correspondiente estudio técnico; por lo tanto, es claro, según las pruebas valoradas, que luego de la fecha de apertura de ese concurso de méritos y la consecuente audiencia de escogencia de vacante definitiva, no quedó eliminado el cargo que ocupaba el accionante.**

Siendo esto así, y advirtiéndose que el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA no demostró ni alegó que la desvinculación del señor OROZCO GARAVIS obedeciera a alguna otra causal, como que era necesario nombrar en ese cargo a otra persona por hacer parte de la lista de elegibles de un concurso de méritos, o por obediencia de alguna orden judicial, o alguna otra de las contempladas en el artículo 63 del Decreto 1278 de 2002, incluyendo la supresión del empleo por liquidación, reestructuración, supresión o fusión de la entidad o la sede de la institución educativa o por un proceso legal de modificación de la planta global de empleo soportado en estudios técnicos o criterios de modernización, se concluye que la declaración de insubsistencia del demandante en el cargo docente que venía ocupando en la I.E Técnica Los Andes -sede Concentración de Desarrollo Rural de Planadas, no estuvo debidamente motivado, ni jurídica ni fácticamente; por ende, se encuentra que el mencionado acto administrativo está viciado de nulidad por falsa motivación y en consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, por lo que corresponde declarar no probada la excepción propuesta por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, denominada “*Legalidad del acto administrativo acusado*”, toda vez que, por los argumentos recién expuestos, se probó la ilegalidad del numeral 122 del artículo 1 del Decreto 0166 de 12 de febrero de 2021, en tanto este adolece de falsa motivación.**

10.2 DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se ordenará, además, a título de restablecimiento de derecho, el reintegro del demandante sin solución de continuidad, al cargo del cual fue desvinculado sin justificación, o a uno de igual o superior jerarquía, y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, incluyéndose los aportes a seguridad social, sin superar 24 meses, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional⁹

⁹ Sentencia SU-556 de 2014

en casos similares al que nos ocupa, posición adoptada por nuestro máximo órgano de cierre.

Ahora, **ese reintegro está condicionado a que actualmente el empleo que desempeñaba el demandante no esté ocupado de manera definitiva por un empleado que superó un concurso de méritos, en cuyo caso, pese a no ser procedente el reintegro, de cualquier modo sí continuará siéndolo el pago de los salarios y prestaciones desde que el demandante fue retirado y hasta cuando se hubiere posesionado en dicho cargo otra persona en virtud de un nombramiento definitivo con ocasión a la superación de un concurso de méritos, sin superar el término de 24 meses ya referido.**

Para la liquidación de las sumas a reconocerse debe tenerse en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de pago, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Adicionalmente, **de ser procedente el reintegro, también estará condicionado a que actualmente el demandante cumpla con los requisitos para acceder al mismo, como la ausencia de incompatibilidades.**

11. RECAPITULACIÓN

Debe accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que se probó el vicio de nulidad alegado contra el acto administrativo demandado, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante en un cargo docente en el municipio de Planadas, pues, a partir de las pruebas aportadas al proceso, se logró evidenciar que esa declaratoria de insubsistencia no se basó en la provisión definitiva del empleo por el concurso de méritos que tuvo apertura en el año 2018, sino que se motivó en la consideración de que había exceso de personal docente en algunos niveles de la planta global de empleo docente del departamento, pero esa consideración no estuvo respaldada por estudios técnicos realizados, que atendieran a las necesidades del servicio o a la modernización de la administración, y que hubiesen soportado un proceso de modificación de dicha planta de personal que hubiese sido adelantado adecuadamente e incluyera la decisión de suprimir el cargo que ocupaba el accionante.

12. CONDENA EN COSTAS.

En el artículo 188 del C.P.A.C.A., modificado por la Ley 2080 de 2021, se señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil; pese a esto y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, en el artículo 365 del C.G.P. se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso, se observa que se accederán a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte demandada, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción propuesta por el demandado, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA denominada “Legalidad del acto administrativo acusado”, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del Decreto 0166 de 12 de febrero de 2021, expedido por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, en lo atinente al **numeral 122 del artículo 1, que ordenó la declaración de insubsistencia del señor DANIAN OROZCO GARAVIS en el cargo docente que ocupaba en provisionalidad en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo Rural del municipio de Planadas**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, a título de restablecimiento del derecho, que:

1. Si el cargo docente de aula de nivel básica secundaria y media del área de ciencias sociales, adscrito a la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo rural del municipio de Planadas, en que fue nombrado el señor DANIAN OROZCO GARAVIS el 9 de julio de 2013, **no se ha provisto definitivamente con ocasión a un concurso de méritos:**
 - 1.1. **REINTEGRE** al señor DANIAN OROZCO GARAVIS, sin solución de continuidad a dicho cargo o a uno de igual o superior jerarquía, bajo la condición de que cumpla actualmente con los requisitos legales para ocupar el respectivo lugar.
 - 1.2. **RECONOZCA Y PAGUE** al señor DANIAN OROZCO GARAVIS **los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir, incluyendo el pago de los aportes al sistema de seguridad social, desde el 16 de febrero de 2021**, fecha en que fue desvinculado del cargo docente que ocupaba en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo rural del municipio de Planadas, **y hasta que se produzca el reintegro sin exceder de 24 meses.**

2. Si el cargo docente de aula de nivel básica secundaria y media del área de ciencias sociales, adscrito a la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo Rural del municipio de Planadas, en que fue nombrado el señor DANIAN OROZCO GARAVIS el 9 de julio de 2013, **ya fue** ha provisto definitivamente con ocasión a un concurso de méritos:

- 2.1. **RECONOZCA Y PAGUE** al señor DANIAN OROZCO GARAVIS **los salarios y prestaciones sociales, incluyendo el pago de los aportes al sistema de seguridad social, que dejó de percibir desde el 16 de febrero de 2021**, fecha en que fue desvinculado del cargo docente que ocupaba en la I.E. Técnica Los Andes-Sede Concentración de Desarrollo Rural de Planadas, **y hasta la fecha en que, con ocasión a la superación de un concurso de méritos, hubiese tomado posesión la persona nombrada en propiedad en el cargo que ocupaba el demandante, sin exceder 24 meses.**

Se advierte a la entidad demandada que sobre las sumas que resulten, deberá efectuar los descuentos a que haya lugar. Las sumas que resulten de la liquidación efectuada se ajustarán aplicando la formula citada en la parte considerativa de esta providencia.

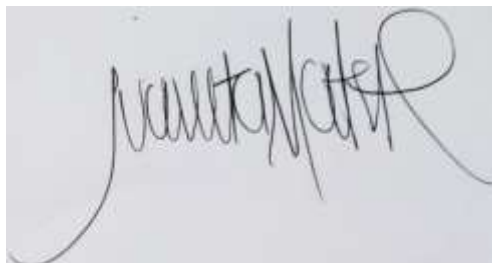
CUARTO: CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija como agencias en derecho el 4% de lo pedido.

QUINTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispuesto en los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A.

SEXTO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse las copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del CGP las que serán entregadas a los apoderados que han venido actuando.

SÉPTIMO: Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
Juez