



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	73001-33-33-006-2021-00261-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	YESENIA PALMA VEGA
Demandado:	MUNICIPIO DE ALVARADO
Asunto:	SENTENCIA – REINTEGRO EMPLEADA NOMBRADA EN PROVISIONALIDAD RETIRADO POR VENCIMIENTO DE PLAZO

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **Yesenia Palma Vega** en contra del **Municipio de Alvarado**.

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021, por medio de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante.

1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 220 de 26 de agosto de 2021, por medio de la cual se confirmó el acto mencionado en el hecho anterior.

1.3. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene al Municipio de Alvarado reintegrar a la demandante al cargo de auxiliar administrativo código 367, grado 03 de la planta global de personal la entidad territorial.

1.4. Que se condene al pago de los salarios dejados de percibir por la demandante desde el día de su desvinculación hasta el día en que sea reintegrada, con su respectiva indexación, intereses moratorios y reajuste, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1227 de 2005.

1.5. Que se declare para efectos de las prestaciones sociales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio y, por lo tanto, se condene a la entidad al pago de las siguientes acreencias a favor de la señora Palma Viña: auxilio de cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, dotaciones, afiliación a la E.P.S, ARL y caja de compensación familiar, afiliación y aportes a pensión y cesantías conforme el régimen salarial contemplado para los empleados hasta la fecha en que se profiera el fallo.

1.6. Que las condenas se actualicen conforme lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y que se reconozcan los intereses legales desde la fecha de ocurrencia hasta que se cumpla la sentencia.

1.7. Que se condene al pago de intereses corrientes y moratorios a la parte demandante, conforme los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

1.8. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1 Que la señora Yesenia Palma Vega prestó sus servicios como auxiliar administrativa, código 407, grado 03, de la planta global de personal de la Alcaldía de Alvarado, y fue vinculada mediante Decreto 220 de 31 de diciembre de 2019 por el término de seis meses.

2.2. Que el nombramiento señalado se prorrogó sin que el municipio profiriera acto que así lo dispusiera.

2.3. Que el 30 de diciembre de 2020, mediante Resolución No. 330 se prorrogó el nombramiento en provisionalidad de la demandante, por otros seis meses.

2.4. Que mediante Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021 le fue comunicado a la demandante que no se prorrogaría el nombramiento por el vencimiento del término, a partir del 1 de julio de 2021.

2.5. Que la demandante presentó recurso de reposición en contra de la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 220 de 26 de agosto de 2021, confirmando el acto recurrido.

2.6. Que por el cargo mentado no se convocó a concurso.

2.7. Que la demandante cumplió las labores encomendadas de manera personal, continua e ininterrumpida en las instalaciones del Municipio de Alvarado, no tuvo llamados de atención ni fue investigada de manera disciplinaria y cumplía un horario de 7:30 a 12:30 y 2 a 5p.m. de martes a sábado.

2.8. Que el 29 de junio de 2021 sin mediar ninguna causa ni autorización de la comisión se terminó el nombramiento de la demandante, quien devengaba para ese momento la suma de \$1.304.796 pesos.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el acto administrativo demandado fue proferido con base en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, artículo 10, según los cuales antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados mediante resolución motivada.

¹ Índice 00014 expediente electrónico SAMAI

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante²

Reiteró lo expuesto en la demanda y agregó que el ente demandado, con la expedición del acto acusado, desobedeció los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes y del Tribunal Administrativo del Tolima, aduciendo que este se pronunció en varios casos con pretensiones similares en los que la parte demandada fue la Registraduría Nacional del Estado Civil, y enlistando las radicaciones de tales procesos.

4.2 Parte demandada³

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Le corresponde al Despacho resolver si: ¿el acto administrativo No. 174 de 29 de junio de 2021, confirmado a través de la Resolución No. 220 de 26 de agosto del mismo año, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Yesenia Palma Vega en el cargo de auxiliar administrativo, código 367, grado 03, por vencimiento del término para el cual fue nombrada, debe ser declarado nulo por estar viciado de falsa motivación?; y, en consecuencia, si, ¿debe ordenarse al Municipio de Alvarado que reintegre a la accionante a dicho cargo, y le pague los salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social dejados de percibir desde el momento de su desvinculación?

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, ya que la desvinculación de la señora Yesenia Palma Vega tuvo lugar pese a que el cargo que ocupaba en provisionalidad no fue provisto por la realización de concurso de méritos y no existía autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para no prorrogar el nombramiento.

6.2. Tesis de la parte accionada

Considera que al proferirse el acto administrativo se cumplió con el deber de motivación del mismo, el cual se ajustó a la normatividad aplicable, y, en esa medida, no debe ser declarado nulo ni deben accederse a las demás pretensiones de la demanda, pues pese a ser un nombramiento en provisionalidad se dio por

²Índice 00046 expediente electrónico SAMAI

³Índice 00048 expediente electrónico SAMAI

terminado por haberse cumplido el plazo del mismo y además estar debidamente motivado.

6.3. Tesis del despacho

Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado como quiera que la desvinculación de la demandante obedeció a una circunstancia puramente formal que no está contemplada como una causal válida y suficiente para el retiro de los empleados provisionales, de acuerdo a la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial, siendo consecuente el restablecimiento del derecho.

7. MARCO JURÍDICO

7.1. Del empleo en carrera administrativa, el nombramiento en provisionalidad, las causales de desvinculación

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 las carreras administrativas 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 empleos públicos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y los temporales.

En el artículo 27 ibidem se define la carrera administrativa, a saber:

“Un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”.

Los empleos de carrera administrativa se proveen en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan superado el concurso de méritos, también regulado en el título 5 de la Ley 909 de 2004; mientras se surte dicho concurso de méritos, los empleos se pueden proveer por encargo, con los empleados ya nombrados en carrera que cumplan con los requisitos para el ejercicio del cargo a proveer por un periodo máximo de tres meses en caso de vacancia definitiva, prorrogables por otros tres meses.

Igualmente, en virtud de lo contemplado en el artículo 24 *ibidem*, se podrán proveer los cargos de carrera administrativa, 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.**

El retiro del servicio de los empleados públicos está regulado en el título VII de la norma en revisión, en el cual se establecen como **causales de retiro del servicio** de los empleos de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa, las siguientes⁴:

- i. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.*
- ii. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.*
- iii. Renuncia regularmente aceptada.*
- iv. Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.*
- v. Invalidez absoluta.*
- vi. Edad de retiro forzoso.*
- vii. Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.*
- viii. Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.*
- ix. Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.*
- x. Por orden o decisión judicial.*
- xí. Supresión del empleo.*
- xii. Muerte.*
- xiii. Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*

Con 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 Estado⁵ en sistematicidad con la jurisprudencia constitucional que se citará a continuación, ha 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.

Tal derecho a la motivación de los actos administrativos, obedece al hecho que el legislador no relevó de ese deber a las autoridades administrativas en el caso de los empleados provisionales⁶; y sumado a ello, responde a 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*

⁴ Ley 909 de 2004, artículo 41.

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), en cita de sentencia de 28 de septiembre de 2010 de la misma sección, con radicado interno No. 0883-2008.

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

*principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales excesos de la Administración, entre otros preceptos constitucionales*⁷.

Además, la 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”*⁸.

*“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”*⁹.

La Alta Corte, en sentencia SU-917 de 2010, señaló puntualmente:

*“**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**. 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 lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”*.

*“Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. **Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo**, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, **porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación**. En este sentido, como bien señala la doctrina, la Administración es libre de elegir, pero **ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no***

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2011.

⁸ Corte Constitucional, sentencias T-063 de 2022, T-464 de 2019 y SU-446 de 2011.

⁹ 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).

pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

7.2. Del vencimiento del término de los nombramientos en provisionalidad

Con respecto a la expiración del plazo del nombramiento como causal de retiro del servicio del empleado nombrado provisionalmente, **no existe un criterio unificado del Consejo de Estado “que obligue a tomar una postura frente al término del plazo como razón válida para motivar el acto que da por finalizado el nombramiento en provisionalidad”¹⁰.**

En sede de tutela el Consejo de Estado ha revisado el seguimiento de la jurisprudencia de la materia en sentencias proferidas por tribunales y juzgados administrativos, encontrándose dos posturas de esa corporación con relación a que los falladores consideren que es o no procedente la desvinculación de un empleado provisional porque se venció el término del nombramiento.

De un lado, el Consejo de Estado, en sentencia de tutela proferida el 25 de febrero de 2021¹¹, consideró que en dicho caso, al acceder a la nulidad del acto administrativo que finalizó el nombramiento en provisionalidad por vencimiento del término del nombramiento y acceder al reintegro y pago de salarios, la autoridad judicial dentro del proceso ordinario no analizó lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia T-407 de 2016, en la que se señaló *“que la expiración del plazo del nombramiento en provisionalidad sí constituye razón suficiente para terminar el referido nombramiento”* con ocasión a la estabilidad intermedia o relativa.

En igual sentido, en sentencia de tutela 29 de abril de 2015, iniciada contra sentencia dictada dentro de medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, relativa a una desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, el Consejo de Estado consideró que en *“los casos en que el retiro del servicio ocurre por vencimiento del término de nombramiento no se precisa de otra motivación”*, resaltando que ello es motivo suficiente del acto administrativo de retiro; en este fallo de tutela, la alta corporación hizo alusión a la sentencia T-753 de 2010 de la Corte Constitucional, en la que se resolvió una acción de tutela iniciada en contra de una autoridad administrativa para conseguir el reintegro de un empleado provisional.

En la última sentencia mencionada, la Corte valoró, que en vista que en el asunto allí estudiado al empleado se le informó que su vinculación terminaba por el vencimiento del término de nombramiento, se cumplía con el postulado constitucional referente a obtener una motivación del acto administrativo, y que el demandante podía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que le definieran si era o no ajustado al ordenamiento jurídico.

En otro sentido, en sentencia de tutela de 24 de mayo de 2019¹², el Consejo de Estado, concluyó que dado que ese asunto versó sobre la no prórroga del

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de agosto de 2021, radicación No. 11001-03-15-000-2021-03010-01

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de tutela de 25 de febrero de 2021, radicación No. 11001-03-15-000-2021-00109-00(AC)

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de tutela de 24 de mayo de 2019, radicación No. 20001-23-33-000-2019-00637-01(AC)

nombramiento provisional por expiración del plazo de nombramiento, en la que no medió ningún acto de retiro o revocatoria, no encontraba identidad fáctica con los asuntos estudiados en la sentencia SU-917 de 2010, y, en consecuencia, no era posible reclamar la aplicación de las reglas de motivación de los actos de desvinculación considerada en dicha sentencia de unificación.

De otro lado, el Consejo de Estado, en sentencia de 4 de marzo de 2021, resolvió una acción de tutela iniciada contra las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Juzgado Segundo Administrativo de Duitama dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante las cuales se **accedió al reintegro de la accionante al cargo que venía ocupando en provisionalidad y del cual había sido retirada por vencimiento del término de nombramiento**, considerando lo siguiente:

- i. Constituyen precedente las sentencias de constitucionalidad (C) y de unificación (SU) de la Corte Constitucional, que contienen reglas o subreglas de derecho y son proferidas por la sala plena de la Corte Constitucional, mientras que las providencias (T) son criterio auxiliar de interpretación, pero no vinculantes.
- ii. Las sentencias de tutela dictadas por las secciones y subsecciones del Consejo de Estado no crean reglas de decisión porque no son proferidas como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino como juez constitucional.
- iii. La única sentencia invocada en ese caso, que era precedente, era la SU-917 de 2010, y en la misma no se indicó nada respecto de la expiración del término para declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad, pero sí se estableció sobre la motivación de los actos administrativos que declaran insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad, aludiéndose al artículo 125 constitucional, así:

*“(..) artículo 125 de la Constitución señala que **las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley**, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que **“las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”**, de manera que **ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato**. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores” (Negrillas y subrayado del Consejo de Estado).*

- iv. Las autoridades judiciales accionadas no le dieron un alcance diferente al precedente de la Corte Constitucional, al contrario, lo aplicaron de manera razonable, pues advirtieron que **la terminación del plazo no era un motivo enmarcado dentro del principio de razón suficiente, tampoco atendía a criterios objetivos y no se refería a las aptitudes**

de la empleada sino a un presupuesto formal, el plazo, y en consecuencia nunca se expusieron de manera clara y detallada las razones por las cuales no se necesitaban los servicios de la accionante.

- v. El Decreto 1227 de 2005, artículo 10, obliga a la administración a motivar los actos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, y si bien se establece que esto puede hacerse antes de que venza el término del nombramiento, **“ello no quiere decir, desde ninguna perspectiva, que el simple paso del tiempo constituya un motivo válido para declarar la insubsistencia”**, por lo que las autoridades hicieron un análisis constitucional y teleológico de esta norma, al considerar que la motivación es un garantía de los funcionarios provisionales.

En igual sentido, en sentencia de tutela de 26 de agosto de 2021, la Sección Primera del Consejo de Estado, concluyó que la autoridad judicial allí demandada que declaró la nulidad de un acto administrativo por medio del cual se dio por finalizada la última prórroga de un nombramiento en provisionalidad por expiración del término, no incurrió en desconocimiento del precedente **“dado que no existe criterio unificado respecto del término del plazo como razón válida para motivar el acto administrativo que da por finalizado el nombramiento en provisionalidad”**, y adicionalmente, **“aplicó en debida forma la SU-917 de 2010, pues dicha providencia nada expresó en cuanto a la finalización del plazo como motivo válido para terminar el nombramiento en provisionalidad, por lo que tuvo en cuenta las consideraciones allí expuestas para concluir que ello no era razón suficiente para motivar el acto administrativo acusado”**, y **“aplicó en debida forma la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, que refieren que los actos de retiro del empleado en nombramiento en provisionalidad requieren ser motivados”**.

8. 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 hechos¹³; este vicio es de 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”**¹⁴.

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

- 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”.**

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de julio de 2018, radicación No. 10010325000201000064 00 (0685-2010)

¹⁴ 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)

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 eventos¹⁵:

- i. Los motivos que determinaron la decisión adoptada se basan en hechos que no estaban debidamente acreditados.
- ii. Si bien se probaron unos hechos, estos no se tuvieron en cuenta, lo cual hubiese podido conllevar a una decisión sustancialmente diferente.
- iii. 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”.

9. CASO CONCRETO.

9.1. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. Por medio del Decreto 220 de 2019 se nombró a Yesenia Palma Vega en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03 de la planta global de personal de la Alcaldía de Alvarado por el termino de 6 meses contados a partir del 21 de diciembre de 2019.	Documental: Copia del Decreto 220 de 2019 (Índice No. 001, archivo 003, págs. 34-35 expediente electrónico SAMAI)
2. Por medio de la Resolución No. 330 de 30 de diciembre de 2020 se prorrogó el nombramiento provisional de la demandante en el cargo de auxiliar administrativa a partir del 31 de diciembre de 2020, con carácter provisional por un término no superior a 6 meses a partir del 1 de enero de 2021.	Documental: Copia de la Resolución No. 330 de 30 de diciembre de 2020 (Índice No. 001, archivo 003, págs. 32-33 expediente electrónico SAMAI)
3. A través de la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021 se resolvió no prorrogar el nombramiento provisional de la señora Palma Vega en el cargo de auxiliar administrativa, código 407, grado 03 de la planta global de personal de la alcaldía de Alvarado, por vencimiento del término específico por el cual se efectuó el nombramiento.	Documental: Copia de la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021 (Índice No. 001, archivo 003, págs. 23-26 expediente electrónico SAMAI)
4. El 13 de julio de 2021 la demandante interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021 por considerar que esta quebrantó la Constitución Política, artículo 53, y no acató las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública en el acto administrativo de 23 de junio de 2015 con radicación No. 2015-206-011723-2, según el cual la desvinculación de un empleado en provisionalidad solo procede por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva.	Documental: Copia del recurso de reposición contra la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021 (Índice No. 001, archivo 003, págs. 50-61 expediente electrónico SAMAI)
5. A través de la Resolución No. 220 de 26 de agosto de 2021 se confirmó la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021.	Documental: Copia la Resolución No. 220 de 26 de agosto de 2021

¹⁵ 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)

	<i>(Índice No. 001, archivo 003, págs. 27-31 expediente electrónico SAMAI)</i>
6. El 18 de abril de 2023 el Municipio de Alvarado certificó que el cargo de auxiliar administrativo que desempeñaba la accionante no fue ocupado por ninguna persona desde el 1 de julio de 2021 al 16 de diciembre de 2022 y a partir del 17 de diciembre fue nombrada en provisionalidad y por el término de 6 meses la señora Natividad Tafur.	Documental: Certificado de 18 de abril de 2023 del Municipio de Alvarado. <i>(Índice No. 037 expediente electrónico SAMAI)</i>

9.2. Falsa motivación del acto administrativo demandado -vencimiento de término del nombramiento en provisionalidad no es motivo suficiente para la desvinculación

La demandante acude a este medio de control con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo No. 174 de 29 de junio de 2021, confirmado a través de la Resolución No. 220 de 26 de agosto del mismo año, por medio del cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de auxiliar administrativo, en la planta global de empleo del Municipio de Alvarado, bajo la motivación de vencimiento del término del nombramiento.

De acuerdo con el consenso de las partes y las pruebas aportadas en el proceso, está acreditado que la señora Yesenia Palma Vega fue nombrada en provisionalidad el 31 de diciembre de 2019 en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03, por el término inicial de seis meses hasta el 30 de junio de 2020, el cual fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2020, sin que mediara acto administrativo; y luego, a través de la Resolución No. 330 de diciembre de 2020, se prorrogó el nombramiento en provisionalidad por el término de seis meses hasta el 30 de junio de 2021.

También, está probado que el 29 de junio de 2021 el Municipio de Alvarado profirió la Resolución No. 174, por medio de la cual resolvió no prorrogar el nombramiento en mención, por vencimiento del término específico por el cual se efectuó el nombramiento, y dicho acto fue recurrido por la demandante, siendo confirmado por la entidad territorial a través de la Resolución No. 174 de 29 de junio de 2021.

Así las cosas, es claro que la motivación del acto administrativo demandado fue la terminación del plazo de seis meses por el que se nombró a la señora Yesenia Palma Vega en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03, y que dicha motivación se derivó de un hecho cierto, pues, en efecto, el día 30 de junio de 2021 vencía dicho plazo, teniendo en cuenta que la prórroga del nombramiento se hizo a partir del 30 de diciembre de 2020.

Ahora, también está probado que después del 30 de junio de 2021 y hasta el 17 de diciembre de 2022 ninguna persona ocupó el cargo de cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03.

Pues bien, se advierte que el acto administrativo demandado, por medio del cual se resolvió no prorrogar el nombramiento provisional de la accionante en el cargo de auxiliar administrativa, de la planta global de personal de la alcaldía de Alvarado, está viciado de falsa motivación, como quiera que, pese a que se basó en una circunstancia fáctica cierta, es decir el vencimiento del plazo de nombramiento, a la misma se le atribuyó una consecuencia jurídica que según se explica a continuación, no correspondía atribuir en este caso.

Como se estudió acápite atrás, el vencimiento del plazo del nombramiento en provisionalidad no es una causal contemplada legalmente de forma general para el retiro del empleado provisional, lo que sí ocurre, por ejemplo, en normas especiales como en algunos empleos de la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, y previéndose que no existe sentencia de unificación sobre la validez o suficiencia del vencimiento del término de nombramiento como motivo puntual de la declaración de insubsistencia o no prórroga del mismo, debe analizarse en cada caso, si la expiración del término es una razón suficiente para la desvinculación del empleado y si se encuentra ajustada a la normatividad aplicable y la jurisprudencia vinculante.

Debe advertirse en este punto, que como se vio en el acápite del marco jurídico, si bien no existe un criterio jurisprudencial unificado del Consejo de Estado sobre el asunto bajo examen, el siguiente análisis está orientado por criterios **que resultan más favorables a la demandante, esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política**, los cuales han sido avalados por esa corporación en jurisprudencia reseñada en dicho acápite y que constituyen un criterio auxiliar de interpretación.

Así, se seguirá la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, basándose en la jurisprudencia constitucional, ha estimado que es válido y acorde con el ordenamiento jurídico que en un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho se acoja el criterio referido a que el vencimiento del término del nombramiento provisional no es por sí sola una razón suficiente para el retiro de un empleado.

Además, debe resaltarse que dicho criterio ya ha sido aplicado anteriormente por este Despacho en sentencia anterior que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima¹⁶.

Pero, debe advertirse especialmente que este análisis obedecerá en principio al precedente constitucional, como quiera que, insistiéndose en que no existe jurisprudencia de unificación en la materia concreta del vencimiento del plazo del nombramiento del empleado provisional por parte del Consejo de Estado ni de la Corte Constitucional, se advierte que sí existe precedente constitucional sobre las causales válidas para motivar la desvinculación de los empleados provisionales, de acuerdo con **las reglas fijadas** por la Corte Constitucional en sentencias SU, que tienen carácter vinculante¹⁷.

¹⁶ Sentencia de 14 de noviembre de 2018, confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 16 de septiembre de 2021, radicación No. 73001333300620160040700

¹⁷ Consejo de Estado Sección Quinta, Sentencia 11001031500020200323400 (AC), Sep. 24/20.

Pues bien, debe traerse a colación de nuevo la razón de la decisión de la sentencia SU-917 de 2010:

“Solo 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 y otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.”

Asimismo, en la sentencia SU-556 de 2014 la Corte Constitucional concluyó que los funcionarios nombrados en provisionalidad, si bien no les asiste el derecho de estabilidad típico del empleado en carrera administrativa por superación del concurso de méritos, tienen derecho a conocer las razones específicas de la desvinculación, **“las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o el nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad”**.

Y en la sentencia SU-228 de 2015 se concluyó 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. Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico”**.

Bajo este marco, se analiza que en el caso particular:

- i. No se probó que el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 03 estuviese provisto en propiedad y que la desvinculación de la demandante se hubiese dado porque quien ostenta la propiedad del cargo iba a reincorporarse por haber culminado alguna situación administrativa que hubiera ocasionado la separación temporal que permitió el nombramiento en provisionalidad.
- ii. Tampoco se probó ni se alegó que la desvinculación de la señora Yesenia Palma Vega tuviese fundamento en la necesidad de nombrar a una persona en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03, por haber aprobado un concurso de méritos.
- iii. Realmente, no se probó que el cargo que ocupaba la demandante hubiese sido ofertado a través de un concurso de méritos.
- iv. Se acreditó que ninguna persona ocupó el cargo luego del retiro de la accionante, por lo menos hasta diciembre de 2022.
- v. El hecho que ninguna persona fuera nombrada en el cargo que ocupaba la demandante, a pesar de que el mismo no fue suprimido, es decir que seguía siendo un cargo de la planta global de empleo de la alcaldía de Alvarado, permite concluir que la decisión de no prorrogarle el nombramiento no obedeció a razones de mejoramiento del servicio que justificaran la necesidad de retirar a la demandante, y, por lo tanto, no encuentra coherencia con los principios de la función pública.

Sobre el punto anterior se considera que los cargos públicos se conciben y crean para garantizar tanto el servicio público como la función pública, y ello solo es posible a través de las labores que ejercen los empleados según las funciones asignadas, de manera que, si no se nombra a una persona para que ejerza determinado cargo, de forma injustificada se están desobedeciendo los propósitos por los que este se constituyó dentro de la planta de empleo; es decir, se desatienden las necesidades previstas al momento de creación del cargo, en menoscabo de la función y servicio públicos.

No se observa entonces que se configurara alguna causal legal de retiro u otra razón objetiva, que se enmarque dentro de las causales enlistadas y las razones suficientes explicadas en el precedente constitucional sobre la desvinculación de los empleados provisionales, ya que el cargo no se proveyó de forma definitiva por la superación de un concurso de méritos, la demandante no fue sancionada disciplinariamente y no se alegó ni se probó que su desempeño en el cargo fuese insatisfactorio o que se requiriera su separación del cargo para que mejorara el servicio.

Al contrario, con la declaratoria de insubsistencia basada en un fundamento meramente formal que no estuvo relacionado las aptitudes de la señora Yesenia Palma Vega para ejercer el cargo, la entidad territorial le falló al servicio público, porque el cargo no quedó en cabeza de nadie, y vulneró la estabilidad laboral relativa de la empleada, que estaba supeditada a la ocupación definitiva del cargo por un empleado en carrera administrativa.

Así, se evidencia la configuración de la causal de nulidad denominada falsa motivación, que en el caso bajo examen opera de derecho, porque la administración efectuó una mala calificación jurídica de los hechos que sustentaron el acto, atribuyéndole, se itera, una consecuencia jurídica que desobedeció el precedente jurisprudencial y no fue coherente con la función pública; bajo ese marco, debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado.

Subsiguientemente, procediendo la nulidad del acto demandado por adolecer del vicio mentado, es consecuente el restablecimiento el derecho de la demandante, en el sentido que:

9.3 Si el cargo no se ha provisto de forma definitiva por la realización de un concurso de méritos:

- i. El Municipio de Alvarado reintegre a la demandante al cargo que venía ocupando, siempre que aquella actualmente cumpla con los requisitos para acceder al cargo, tales como la ausencia de antecedentes disciplinarios y penales.
- ii. El Municipio de Alvarado pague a favor de la demandante a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación, esto es el 1 de julio de 2021, y hasta el 1 de julio de 2023, incluyendo el pago

de los aportes al sistema de seguridad social; esto por cuanto en esa última fecha se cumplen 24 meses, que es el tiempo máximo en los casos de restablecimiento del derecho en casos de desvinculación injustificada de los empleados en provisionalidad, conforme lo estableció la Corte Constitucional en sentencia de unificación¹⁸, a saber:

*“(...) las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, **sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario**”.*

9.4 Si el cargo ya fue provisto de forma definitiva en virtud de un concurso de méritos:

- i. El Municipio de Alvarado pague a favor de la demandante los salarios y prestaciones dejados de percibir, incluyendo los aportes al sistema de seguridad social, desde el momento de su desvinculación y hasta el 1 de julio de 2023 o, si antes de esta última fecha se produjo el nombramiento en propiedad y posesión de la persona que hubiere superado el concurso de méritos por el cual se hubiese ofertado el cargo, hasta la fecha en que tuvo lugar la posesión del cargo por parte de quien fue nombrado en propiedad.

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

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

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).

10. RECAPITULACIÓN

Se declarará la nulidad del acto administrativo demandando y se ordenará el restablecimiento del derecho, toda vez que se advirtió la configuración del vicio de falsa motivación, pues al retirar del servicio a la demandante por haberse vencido el término de la prórroga del nombramiento en provisionalidad, se le otorgó a esa circunstancia formal una consecuencia jurídica que, primero, no era atribuible a la accionante como quiera que no está contemplada legalmente como una causal de retiro de los empleados provisionales y tampoco se considera una razón válida y suficiente por sí misma de acuerdo con el precedente jurisprudencial aplicable, que

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014.

establece que la desvinculación del empleado provisional debe obedecer a la provisión definitiva del cargo a causa de un concurso de méritos, a una sanción disciplinaria, a la calificación insatisfactoria u otra razón relacionada con el mejoramiento del servicio, que sea coherente con la función pública o que sea atinente a la aptitud del empleado para ocupar el cargo; y, segundo, no se probó la concurrencia de ninguna otra circunstancia que sí se enmarcara dentro de aquellas causales y razones válidas para la declaratoria de insubsistencia.

11. 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 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 LA NULIDAD del acto administrativo No. 174 de 29 de junio de 2021, confirmado a través de la Resolución No. 220 de 26 de agosto del mismo año, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Yesenia Palma Vega identificada con C.C 28.566.917 en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03, por estar viciado de falsa motivación, de acuerdo con lo analizado en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Municipio de Alvarado, a título de restablecimiento del derecho que:

- Si el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03 no se ha provisto de forma definitiva por la realización de un concurso de méritos:

- **REINTEGRE** a la señora **Yesenia Palma Vega**, a dicho cargo, bajo la condición de que aquella actualmente cumpla con los requisitos para acceder al mismo.

- **RECONOZCA Y PAGUE** a la señora **Yesenia Palma Vega** los salarios y prestaciones dejados de percibir **desde el momento de su desvinculación, esto es el 1 de julio de 2021 y hasta el 1 de julio de 2023**, incluyendo el pago de los aportes al sistema de seguridad social.

- Si el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 03 ya fue provisto de forma definitiva en virtud de un concurso de méritos:

- **RECONOZCA Y PAGUE** a la señora **Yesenia Palma Vega** los salarios y prestaciones dejados de percibir, incluyendo los aportes al sistema de seguridad social, **desde el momento de su desvinculación y hasta el 1 de julio de 2023 o, si antes de esta fecha se produjo el nombramiento en propiedad y posesión de la persona que hubiere superado el concurso de méritos** por el cual se hubiese ofertado el cargo, **hasta la fecha en que tuvo lugar la posesión del cargo por parte de quien fue nombrado en propiedad.**

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 fórmula citada en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. modificado por la Ley 2080 de 2021.

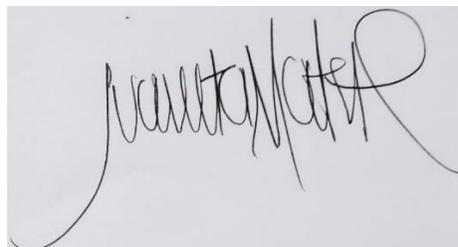
CUARTO: CONDENAR en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fijan las agencias en derecho en suma **equivalente al 4% de lo pretendido.**

QUINTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo disponen los artículos 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la 2080 de 2021.

SEXTO: En firme este fallo, expídanse copias del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

SÉPTIMO: ARCHIVAR las presentes diligencias previo las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ