REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODFER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Medio de control:	**Nulidad y Restablecimiento del derecho**
Radicado:	**15001 33 33 004 2015 0136 00**
Demandante:	**PRISCILA FLORIANO LLANOS**
Demandado:	**MUNICIPIO DE TUNJA**

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE**:

  Priscila Floriano Llanos, identificada con la C.C. N° 40.017.317 de Tunja.

- **DEMANDADO**: Municipio de Tunja

OBJETO:

- **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora presentó demanda tendiente a que se declare:

*"**PRIMERA**: Declarar la **nulidad** del siguiente acto administrativo.*

1.1. *Decreto N° 0034 del 26 de enero de 2015, expedido por Fernando Flores Espinosa, Alcalde Mayor de Tunja, por medio del cual, terminan el nombramiento provisional a la señora PRISCILA FLORIANO LLANOS.*

SEGUNDA.- *Como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la entidad demandada:*

2.1. *Reintegrar a mi mandante al cargo que ocupaba de Auxiliar de Servicios Generales Código 470 grado 06, de la Planta Global de la Secretaría de Educación de Tunja, al momento de haber sido retirada del servicio, o en su defecto a uno igual o superior jerarquía conforme a la planta de personal lo permita.*

2.2 *Reconocer y pagar a favor de mi poderdante todos los salarios, prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, subsidios, intereses y demás emolumentos que se reconozcan y paguen al personal de planta de la entidad demandada, dejados de devengar desde el momento de su retiro a su cargo, hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.*

2.3. *Declarar, para todos los efectos, la inexistencia de solución de continuidad.*

2.4. *Ordenar que la condena se liquide y se pague en los términos de la Ley 1437 de 2011.*

2.5. *Condenar en costas y agencias en derecho al ente territorial demandado".*

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

- **FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO**

Señaló, que el señor Abigail Montaña Talero se encontraba vinculado en la Planta Global de personal administrativo como auxiliar de servicios generales código 407 grado 05 con nombramiento en propiedad, desde el 29 de diciembre de 1977, asignado a prestar sus servicios en la Institución Educativa INEM Carlos Arturo Torres del Municipio de Tunja, que a través del Decreto N° 0065 del 14 de febrero de 2006, fue encargado como operario calificado código 625 grado 20, encargo que fue prorrogado mediante Decreto 0219 del 27 de julio de 2006, modificado mediante Decreto 0015 del 10 de enero de 2007, en donde se estipuló la vigencia del encargo: "*hasta el momento en que se expidan las correspondientes listas de elegibles producto del concurso de méritos*"

Manifestó, que la señora PRISCILA FLORIANO LLANOS estuvo vinculada mediante Decreto N° 0367 de 2007, suscrito por el Alcalde de Tunja y en el cual se nombró " provisionalmente a la señora PRISCILA FLORIANO LLANOS, identificada con cedula de ciudadanía N° 40.017.317 de Tunja, en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES código 470 grado 06, de la Planta Global de la Secretaria de Educación de Tunja, en remplazo del señor ABIGAIL MONTAÑA TALERO quien fue nombrado en otro empleo, hasta que dure su encargo".

De igual manera indicó que a través del Decreto N° 0381 del 16 de octubre de 2008 el cargo de OPERARIO CALIFICADO código 625 grado 20 fue homologado por el de OPERARIO 487 grado 10, correspondiente al cargo que desempeñaba en encargo al señor ABIGAIL MONTAÑA TALERO en la Institución Educativa INEM Carlos Arturo Torres del Municipio de Tunja, que a través del requerimiento SAC 2015PQR 306 del 20 de enero de 2015, el señor Abigail Montaña Talero presentó renuncia de manera voluntaria e irrevocable a partir del 1 de marzo de 2015 al cargo de OPERARIO 487 grado 10, que desempeñaba en encargo y por ende al cargo que es

titular y ostenta derechos de carrera como auxiliar de servicios generales código 407 grado 05, por reconocimiento de pensión jubilación, que dicha renuncia fue aceptada a través del Decreto N° 0034 de enero de 2015.

Finalmente relató, que en el mes de febrero de 2015 la demandante fue notificada del Decreto N° 0034 de 2015, en el cual se resolvió terminar su nombramiento provisional al cargo de Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 06 de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja, asignada a prestar sus servicios en a Institución Educativa Gonzalo Suarez Rendón.

- **JURÍDICOS:**

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 6, 25, 121 a 123, 336, 362.

NORMAS LEGALES

Ley 909 del 23 de septiembre de 2004

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifestó, que el artículo 6 determina la actuación reglada de los servidores públicos y que su incumplimiento deriva una responsabilidad por parte de ellos, que en el presente caso el derecho al trabajo se desconoció, negándole la posibilidad a la demandante de trabajar la cual estaba capacitada y habilitada con el mismo derecho legal, de la misma manera indicó que se desconoció el artículo 53 de la Constitución Política toda vez que en ella se dispone como materia del Estatuto de trabajo entre otros temas la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, pues a la demandante se le retiró del servicio, siendo una funcionaria eficiente y con el derecho de estar vinculada mientras se adelantaba el proceso de concurso.

Indicó, que conforme a la Ley 909 de 2004 la administración municipal debió haber motivado el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento de la demandante, argumentando una justa causa disciplinaria o por el hecho de haber proveído el cargo mediante concurso de méritos.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada del Municipio de Tunja (fls. 35-41) presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos expresó que son ciertos los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 y como parcialmente cierto el numeral 1.

Como argumentos de defensa expresó que antes del año 2003 la educación era administrada por el Departamento de Boyacá, que en enero del referido año el Municipio de Tunja fue certificado a través de la Resolución N° 2755 de 2002 para recibir la planta de personal docente que laboraba para dicha época en el Municipio, señalando que los funcionarios administrativos y docentes que prestan sus servicios en las instituciones educativas oficiales de la ciudad de Tunja, reciben sus asignaciones salariales de los recursos provenientes del Sistema General de Pensiones, razón por la cual no le está permitido al ente demandando a través de la Secretaria de Educación proceder a reconocer y pagar acreencias laborales que no se encuentren autorizados por la ley y el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Educación.

Que de conformidad con los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, está radicada en el Gobierno Nacional, siendo competencia del legislador dictar las normas generales y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar dicho régimen, así como dictar las normas que reglen el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, que los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones se encuentra ligado a la matricula estudiantil, toda vez que esta dependencia percibe ingresos del Ministerio de Educación Nacional según el cuerpo estudiantil vinculado a los establecimientos educativos de carácter público.

Manifestó, que una vez verificado el reporte del Sistema Único de Matricula (SIMAT) el índice de matrículas en los últimos 10 años en el Municipio de Tunja no era el suficiente para mantener los cargos de los 212 docentes, directivos docentes y funcionarios que tienen la planta de personal administrativo de educación, que el señor Abigail Montaña Talero, a partir del 29 de diciembre de 1977 se vinculó a la planta global del personal administrativo como auxiliar de servicios generales código 407 grado 05 con nombramiento en propiedad.

Indicó, que para el año 2006 el señor Abigail Montaña fue encargado como operario calificado código 625 grado 20 mediante Decreto 0065 del 14 de febrero de 2006, nombramiento que fue prorrogado mediante Decreto 0219 del 27 de julio de 2006 y modificado mediante Decreto 0015 del 10 de enero de 2007, en donde se estipuló la vigencia del encargo: "hasta el momento en que se expidan las correspondientes listas de elegibles producto del concurso de méritos".

Que conforme a lo anterior, para el año 2007 mediante Decreto 0367 se nombró provisionalmente a la señora Priscila Floriano Llanos, en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 06, de la planta global de la secretaría de educación (...) en remplazo del señor Abigail Montaña Talero quien fue nombrado en otro empleo, hasta que dure su encargo.

Explicó, que los anteriores actos administrativos obedecen a una serie de nombramientos laborales que se originan de una condición laboral principal la cual

ostenta el señor Abigail Montaña al ser nombrado en propiedad en el cargo de auxiliar de servicios generales y que posteriormente accede al encargo como operario calificado, situación que dio lugar al nombramiento en provisionalidad de la hoy demandante, que en el caso hipotético donde el señor Abigail Montaña no continuara con su encargo el nombramiento en provisionalidad de la señora Priscila Floriano quedaría sin efectos jurídicos y laborales, puesto que el decreto N° 0367 del 2007 estaba sujeto a cubrir el remplazo del señor Abigail Montaña quien fue nombrado en otro empleo hasta que durara su encargo.

De igual manera señaló, que el 20 de enero de 2015 el señor Abigail Montaña, de manera voluntaria e irrevocable radicó la renuncia a partir del 1 de marzo de 2015, al cargo de operario calificado Grado 487 Grado 10 que desempeñaba en el encargo y por ende al cargo del cual era titular y ostentaba los derechos de carrera como auxiliar de servicios generales código 407, grado 05 por reconocimiento de pensión de jubilación, por tanto, a partir del 1 de enero de 2015 se da por terminado el nombramiento provisional de la hoy demandante en el cargo de auxiliar de servicios generales, código 470 grado 05 de la planta global de la secretaria de educación de Tunja, actualmente asignada a prestar sus servicios en la Institución Educativa Gonzalo Suarez Rendón.

Explicó, que hay una gran limitación para proveer los cargos de la planta de personal administrativo de educación debido a la aplicación del plan de desempeño del Ministerio de Hacienda, en el cual a través de la Resolución N° 1563 del 22 de mayo de 2013 se ordenó la adopción de la medida preventiva del Plan de Desempeño en el sector Educación al Municipio de Tunja, pues el costo de la planta de personal era elevado, pues varios funcionarios tenían garantías salariales tales como el de percibir la prima técnica (50% adicional al sueldo mensual) lo que ocasiona que el costo de cada funcionario sea equivalente al de dos funcionarios en condiciones normales, que por tanto, la entidad adoptó como estrategia la de no proveer los cargos que van quedando vacantes en forma definitiva y es así como a la fecha solamente están provistos 175 cargos de los 212 que tiene la planta de personal administrativo de educación.

Como excepciones propuso las que denominó: "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO", "FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA" Y "COBRO DE LO NO DEBIDO"

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 133-134): se ratificó en cada una de las pretensiones de la demanda

Entidad Demandada (fls.133-134): Igualmente reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y resaltó que las resoluciones de nombramiento de la demandante no están viciadas de ningún cargo de nulidad y que por tanto las pretensiones de la demanda se deben denegar.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 1 de septiembre de 2015 (fl. 16-17 y vto) se inadmitió la demanda y se concedió el término de diez días para subsanar los yerros allí indicados, seguidamente, a través de auto del 22 de septiembre de 2015 (fls. 24-25) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 16 de octubre de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 30 y 32); por lo anterior, a partir del 16 de octubre y hasta el 24 de noviembre de 2015, la copia de la demanda y de sus anexos permanecieron en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 25 de noviembre de 2015 al 29 de enero de 2016, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial, audiencia de pruebas, alegaciones y juzgamiento y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3. DECISIONES PARCIALES

En el caso que nos ocupa, se surtió a cabalidad el trámite y procedimiento establecido en la Ley 1437 d 2011 sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, razón por la cual debe ahora el Despacho desatar la controversia, no sin antes precisar el problema jurídico aquí planteado, las tesis de las partes y la que defenderá el despacho.

4. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

Problema Jurídico: Debe el Despacho determinar la ilegalidad o legalidad del Decreto N° 0034 del 26 de enero de 2016, suscrito por el Alcalde del Municipio de Tunja, por medio de la cual se aceptó la renuncia del cargo a un servidor público de la planta global de cargos administrados por la Secretaría de Educación de Tunja, se termina un encargo y se termina un nombramiento provisional. En caso de determinarse su ilegalidad, deberá el Despacho establecer si tiene derecho la demandante a ser reintegrada sin solución de continuidad en el cargo que desempeñaba en la Administración Municipal de Tunja, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse dado por terminado su nombramiento y sin ninguna limitante.

Tesis parte demandante: Manifiesta, que el funcionamiento de las autoridades y en general las actuaciones de los servidores públicos, debe estar enmarcada en lo que las disposiciones legales o reglamentos establezcan, agrega que en el presente caso, la administración municipal actuó vulnerando normas de carácter constitucional y legal, toda vez que el acto administrativo a través del cual se termina el nombramiento en provisionalidad a la señora Priscila Floriano Llanos fue expedido por fuera del marco legal sobre la base de argumentos falaces que no tienen soportes probatorios.

Tesis entidad demandada: Solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que el nombramiento en provisionalidad se encontraba sujeto al nombramiento en encargo del empleo ocupado en carrera por el señor Abigail Montaña Talero, quien fue nombrado en otro empleo hasta que dure su encargo; así las cosas, el nombramiento de la señora Priscila Floriano Llanos, dependía de la continuidad del encargo efectuado al funcionario de carrera.

Indica que los actos administrativos de nombramiento laboral de la demandante se originan en una condición laboral principal la cual ostenta el señor Abigail montaña al ser nombrado en propiedad en el cargo de auxiliar de servicios generales y posteriormente acceder al encargo como operario calificado, situación que dio lugar al nombramiento provisionalidad de la señora Priscila Floriano Llanos; este último nombramiento condicionado a la situación laboral del señor Abigail Montaña, toda vez que en el caso hipotético que dicho funcionario regresara a su cargo el nombramiento de la demándate quedaría sin efectos jurídicos y laborales.

Señala que el señor Abigail Montaña Talero radicó renuncia de manera voluntaria e irrevocable a partir del 1 de marzo de 2015, al cargo de operario calificado grado 487 grado 10 el cual era desempeñado en encargo y por ende al cargo del cual es titular y ostenta derechos de carrera como auxiliar de servicios generales código 407 grado 5, por reconocimiento de pensión de jubilación y agrega que ante la situación financiera y *"...en una actitud responsable y honesta con las finanzas del sector educativo, la única salida ha sido no proveer los cargos que van quedando vacantes en forma definitiva y es así como en el momento solamente está provisto 175 cargos de los 212 que tiene la planta de personal administrativo de educación..."* (f. 39).

5. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1. EL SUSTENTO PROBATORIO DE LA PRETENSIÓN QUE SE IMPETRA

Destaca el Despacho, los siguientes documentos, debidamente incorporados al expediente:

Documentales Aportadas

- Decreto No. 0248 del 17 de agosto de 2006, por medio del cual se nombró provisionalmente a la señora Priscila Floriano Llanos en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 06 (f. 8 y 62).
- Decreto No. 0034 del 26 de enero de 2015; a través del cual se dispuso la desvinculación de la señora Priscila Floriano Llanos, del cargo que venía desempeñando (f. 9-11 y 67-69).

Aportadas por la Entidad demandada

- Certificado del tiempo de servicios expedido por la Secretaria de educación de Tunja (f. 58).
- Decreto No. 0105 del 14 de febrero de 2007, por medio del cual se nombró provisionalmente a la señora Priscila Floriano Llanos en el cargo de auxiliar de

servicios generales código 470 grado 06, en reemplazo del señor Abigail Montaña Talero (f. 59).

- Decreto No. 0367 del 21 de agosto de 2007, por medio del cual se nombró provisionalmente a la señora Priscila Floriano Llanos en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 06, en reemplazo del señor Abigail Montaña Talero (f. 60).
- Copia de la cedula de la señora Priscila Floriano Llanos (f. 64).
- Certificado de liquidación de cesantías para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 y en el cual se advierten los factores salariales devengados por la señora Priscila Floriano Llanos (f. 65-66).
- Resolución No. 1563 del 22 de mayo de 2013, por medio del cual se ordena la adopción de la medida preventiva de plan de desempeño en el sector de educación al Municipio de Tunja Boyacá de acuerdo con el artículo 11 del Decreto No. 028 de 2008 y los artículos 1 y 3 del Decreto No. 2911 de 2008. (f. 70-75)

Decretadas de manera oficiosa

- Expediente administrativo de la señora PRISCILIA FLORIANO LLANOS (fls. 107 a 124)
- Oficio de fecha 20 de enero de 2015 través del cual el señor Abigail Montaña Talero presentó la renuncia correspondiente (fl. 102)

5.2. PREMISAS JURÍDICAS

Forma de proveer empleos de carrera administrativa en caso de vacancias temporales y definitivas

Artículo 125 Constitución Política de Colombia:

> "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.
>
> Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. ...".

Ley 909 de 2004

"Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;
b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
c) Empleos de período fijo;
d) Empleos temporales.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS EN CALIDAD DE PROVISIONALES

Como el procedimiento para proveer un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito "*el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad*[1]*, cuando la primera no pueda verificarse.*"[2]

La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "*cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal*"[3]. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad[4].

La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera[5]. Sobre este punto, la Corte señaló en la Sentencia **T-251 de 2009,** que:

> "*La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y*

---

[1] Ver, entre otros, Decreto-Ley 2400 de 1968, Artículo 5; Ley 61 de 1987, Artículo 4; Ley 27 de 1992, Artículo 10; Ley 443 de 1998, Artículo 8; y la Ley 909 de 2004.
[2] Cfr. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[3] Cfr. Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.
[4] Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[5] Ibídem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado"[6].

Posteriormente, en la **Sentencia SU-917 de 2010**[7], se reiteró que para respetar y garantizar: **(i)** la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; **(ii)** el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y **(iii)** el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido[8]; **es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado**.

Sobre el particular ha reiterado el Consejo de Estado[9]:

"**Provisión de empleos de carrera administrativa**. Respecto de este asunto, la jurisprudencia constitucional[10] se ha pronunciado con suficiencia en el sentido de que el ingreso y permanencia en los empleos catalogados como de carrera administrativa, debe hacerse exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección.

En la Ley 909 de 2004 se establecieron las normas generales que rigen los concursos de méritos y se previó que mientras se realizaban los concursos, los cargos de carrera podían ser ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad.

Estos funcionarios, si bien no gozan de los derechos de carrera, ostentan de una estabilidad relativa puesto que su desvinculación debe efectuarse a través de acto administrativo motivado, entre otras razones, porque se vaya a proveer con ocasión de la realización de un concurso de méritos."

---

[6] Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.
[7] Ver, entre muchas otras, las Sentencias: SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-884 del 17 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-610 del 24 de julio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-597 del 15 de junio de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-031 del 21 de enero de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño, T-024 del 26 de enero de 2006. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-064 del 01 de febrero 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-007 del 17 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-011 del 16 de enero de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla, SU-917 del 11 de noviembre 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
[8] Ídem.
[9] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES. Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00354-01(AC). Actor: JAVIER ANDRES BERNAL LOPEZ. Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS. Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015).
[10] Sobre el tema, ver: Sentencia T-156 de 2014, SU-897 de 2012, SU-270 de 2010, entre otras.

Ahora bien, no existe una ley mediante la cual se asimilen los cargos provisionales a los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia los nominadores no pueden desvincular a quienes se desempeñan en cargo provisionales con la misma discrecionalidad que tienen frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, sin asumir la obligación de motivar sus actos[11].

En conclusión, los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción12; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación[13].

En relación con la figura del encargo ha destacado el Consejo de Estado[14]:

> "Sobre el particular, precisó que la figura del encargo está establecida para suplir ausencias temporales del titular de un empleo, como es el caso del permiso, en el cual existe una separación transitoria del funcionario en el cumplimiento de sus funciones, por lo que es válido disponer que en éstas sean encargadas a otras personas, v.gr. la Viceprocuradora General de la Nación15, para no afectar el normal funcionamiento de la entidad. Lo anterior, lo expresó en los siguientes términos:
>
> "La Sala debe precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 89, antes transcrito, la figura del encargo se utiliza para cubrir ausencias temporales del titular de un empleo y no únicamente vacancias, como lo asegura la parte demandante; de tal modo siendo el permiso una ausencia temporal, pues da lugar a la separación temporal del empleado del cumplimiento de sus funciones, válidamente se puede disponer que el ejercicio de las funciones que le están atribuidas, sean encargadas durante el término del permiso a otro funcionario, tal como se procedió en el artículo segundo de

[11] Sentencia T-800 del 14 de diciembre de 1998. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[12] Ibídem. Sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
[13] Ibídem. Sentencia SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[14] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01732-01(AC). Actor: JOSE ELVER BARBOSA HERNANDEZ. Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)
[15] A quien, según el numeral 2° del artículo 17 del Decreto 262 del 2000, le corresponde asumir las funciones del Procurador General de la Nación en sus ausencias temporales o definitivas.

la resolución acusada, decisión que por tal razón no reviste ilegalidad alguna."[16]."

Con base en lo anterior, procede el despacho a estudiar el fondo del asunto, atendiendo las premisas jurídicas y jurisprudenciales que se expusieron.

6. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

El Municipio de Tunja, propuso como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO Y COBRO DE LO NO DEBIDO. Frente a las excepciones propuestas por la demandada, el despacho debe decir que las mismas constituyen verdaderos argumentos de defensa frente a los cuales el Honorable Consejo de Estado manifestó:

> "En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."[17] (Subrayado fuera del texto original).
>
> "En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción" [18] (Subrayado fuera del texto original).

Con base en lo expuesto, este despacho tendrá como verdaderos argumentos de defensa las excepciones propuestas por el Municipio de Tunja.

---

[16] Ibídem.

[17]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

[18]CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

7. SOLUCIÓN DEL CASO

La señora Priscila Floriano Llanos, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.017.317 expedida en Tunja, laboró para el municipio de Tunja, bajo nombramiento en provisionalidad como Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 06, de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja, específicamente, en la Institución Educativa condicionado a la duración del encargo al que fuera designado del titular del empleo, es decir, el señor Abigail Montaña Talero, tal y como consta en el Decreto N° 0248 del 17 de agosto de 2006 (fls. 8 y 62), en el citado acto administrativo se señaló que el nombramiento sería desde el 17 de agosto de 2006 hasta el 14 de febrero de 2007, tomando posesión en el cargo el día 17 de agosto de 2006 (fl. 61). Ahora bien, mediante Decreto N° 0105 del 14 de febrero de 2007 (fl. 59), se hace un nuevo nombramiento a la aquí demandante, en los mismos términos del anterior, pero por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1007 al 14 de agosto de 2007; finalmente, a través del Decreto 0367 del 21 de agosto de 2007 (fl. 60), la señora Floriano Llanos fue nombrada en provisionalidad para desempeñar el cargo antes mencionado, estableciendo una condición especial en dicho acto administrativo, que el nombramiento se realizaría "hasta que dure su encargo" (sic), haciendo referencia al encargo en el que se encontraba el señor Abigail Montaña Talero, de quien se reitera, es titular del empleo en el que se nombró provisionalmente a la demandante.

Se prueba también en el proceso que mediante Decreto N° 0034 del 26 de enero de 2015 (fls. 9 a 11 y 99 a 101), el alcalde mayor de la ciudad de Tunja, aceptó la renuncia presentada por el señor Abigail Montaña Talero **al encargo** como Operario 487 grado 10 de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja, a partir del 1 de marzo de 2015; a su vez, fue aceptada la renuncia al empleo de carrera administrativa del que era titular el señor Abigail Montaña Talero, es decir, Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 06 de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja, a partir del 1 de marzo de 2015; finalmente, el artículo TERCERO del acto administrativo en cita, señala como consecuencia de los numerales que le preceden, que el nombramiento de la señora Priscila Floriano Llanos, termina a partir del 1 de marzo de 2015.

Se argumenta entonces en la demanda que el acto administrativo mediante el cual se termina el nombramiento en provisionalidad de la demandante carece de motivación y por lo tanto está viciado de nulidad.

Para desatar el cargo que propone el demandante habrá que comenzar por señalar que en el acto administrativo mediante el cual se nombró en provisionalidad a la señora Floriano Llanos (Decreto 0367 del 21 de agosto de 2007 - fl. 60), se incluyó una condición resolutoria, es decir, se condicionó el nombramiento de la aquí demandante al tiempo que dure el encargo del titular del empleo. Ahora bien, el artículo 1536 del Código Civil Colombiano define la condición resolutoria de la siguiente manera:

> "ARTICULO 1536.— **La condición** se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; **y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.**" (Negrillas nuestras)

De lo anterior tenemos que la condición resolutoria incluida en el Decreto 0367 del 21 de agosto de 2007 expedido por el alcalde mayor del municipio de Tunja, se cumplió cuando el señor Abigail Montaña Talero, renunció al encargo para el que había sido designado, independientemente que al unísono hubiese renunciado a su empleo de carrera administrativa; con base en dicha situación, se presenta una pérdida de ejecutoria del acto administrativo con el cual se produjo el nombramiento, esto es, porque desaparecieron los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron al nombramiento en provisionalidad para cubrir la vacancia temporal del empleo de Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 06 de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja.

Frente a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos ha destacó nuestra honorable Corte Constitucional[19] al estudiar la constitucionalidad del artículo 66 del Decreto 01 de 1984:

> "De esta manera, el citado precepto consagra por una parte la obligatoriedad de los actos administrativos como regla general *"salvo norma expresa en contrario"*, y como excepciones la pérdida de fuerza ejecutoria, por suspensión provisional, por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, eventos denominados por la jurisprudencia y la doctrina, el decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; **por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido**; y cuando pierdan su vigencia (vencimiento del plazo).
>
> (...)
>
> Referente a la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos "cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos" y **"cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto"**, de que tratan los numerales 3° y 4° del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, materia de la demanda, estima la Corporación que dichas causales **se ajustan al mandato contenido en el artículo 209 de la Carta Política, según el cual la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, correspondiendo a las autoridades administrativas coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.**" (resalta el despacho)

Ahora bien, la Ley 1437 señala como una de las causales para la pérdida de ejecutoria del acto administrativo en su artículo 91 la siguiente:

> **"Artículo 91. *Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.*** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:
>
> (...)

[19] CORTE CONSTITUCIONAL. REF: EXPEDIENTE D-699. Sentencia C-069 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo.) MATERIA: Pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos. TEMAS: Acto administrativo. Existencia, Eficacia y Fuerza Ejecutoria. Suspensión provisional. Supremacía de la Constitución. ACTOR: Maximiliano Echeverri Marulanda. MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

3. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto."

Con base en lo anterior, el despacho negará las pretensiones de la demanda, habida cuenta que se verificó la existencia de una condición resolutoria en el acto administrativo de nombramiento en provisionalidad de la señora Priscila Floriano Llanos, como Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 06, de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja, condición que consistía en que el nombramiento estuviera supeditado al tiempo que el titular del empleo, señor Abigail Montaña Talero, estuviera ocupando el encargo para el que fue designado. En efecto, en el momento que se acepta la renuncia del señor Montaña Talero al encargo del que era titular como Operario 487 grado 10 de la planta global de la Secretaría de Educación de Tunja, se cumple la condición resolutoria plasmada por la administración, representada por el Municipio de Tunja, en el Decreto 0367 del 21 de agosto de 2007 expedido por el alcalde mayor del municipio de Tunja con el cual se realizó el nombramiento en provisionalidad de la promotora del presente medio de control, razón por la cual el ente territorial demandado procede a dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Priscila Floriano Llanos, motivando su decisión en el cumplimiento de la condición resolutoria del acto administrativo que la nombró en provisionalidad, esto es, en la terminación de la situación administrativa del encargo al que fue designado el titular del empleo que se encontraba desempeñando la demandante, situación plenamente demostrada en el acto administrativo que hoy se demanda (Decreto N° 0034 del 26 de enero de 2015).

Corolario de lo anterior, se tiene que el acto acusado se ajusta a la legalidad, en razón a que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante y el acto administrativo con el cual se decide retirarla del servicio, se encuentran debidamente motivados y fundados en el cumplimiento de la condición resolutoria inserta en el acto de nombramiento en provisionalidad, produciéndose así un decaimiento del acto administrativo, Decreto 0367 del 21 de agosto de 2007 expedido por el alcalde mayor del municipio de Tunja, con el cual se realizó el nombramiento en provisionalidad de la demandante, y en consecuencia se produce la pérdida de ejecutoriedad del mentado acto administrativo por cumplimiento de la condición resolutoria al que se encontraba sometido, dando lugar a que la administración de por terminado el nombramiento en legal forma a través del Decreto N° 0034 del 26 de enero de 2015, en aplicación del numeral 4 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.

6. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el artículo 365 del C.G.P. y dada la disparidad presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho, este despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado[20], que frente al particular concluyó lo siguiente:

[20] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial

"(...)

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.
b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP21, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

Visto lo anterior y atendiendo el criterio **objetivo** emanado del análisis jurisprudencial en cita, se tiene que en el presente caso deberá condenarse en costas a la parte vencida, así como también al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un 5 % sobre el valor de las pretensiones de la demanda. Lo anterior teniendo en cuenta que la entidad demandada realizó una defensa sustentada en una oportuna contestación de la demanda a través de un profesional del derecho que representó los intereses de la entidad, de igual forma, asistió a las audiencias programadas dentro del trámite procesal y se allegaron alegatos de conclusión, con lo que se demuestra una gestión activa en la defensa de la demandada, situación que justifica la condena en costas y agencias en derecho.

Con base en lo anterior, se debe condenar en costas a la parte vencida, es decir, a la señora PRISCILA FLORIANO LLANOS, debido a que se niegan las pretensiones de la demanda. Las costas serán liquidadas por Secretaría.

---

de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada). Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

[21] "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

Como agencias en derecho si fija la suma de Trescientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Cuarenta y Dos Pesos ($ 383.942) M/Cte., atendiendo al porcentaje del 5% sobre el valor de lo pretendido en la demanda, conforme a lo expuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones formuladas por la demandante la PRISCILA FLORIANO LLANOS contra el MUNICIPIO DE TUNJA.

SEGUNDO.- Condénese en costas a la parte demandante. Liquídense por secretaría.

TERCERO.- Fíjese como agencias en derecho, la suma de Trescientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Cuarenta y Dos Pesos ($ 383.942) M/Cte., atendiendo al porcentaje del 5%, a cargo de la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
Juez