REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE TUNJA
Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: DRA. ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ

Tunja, ocho (08) de abril de dos mil dieciséis (2016).

REF: EXPEDIENTE No.	**15001-33-33-007-2013-00250-00**
DEMANDANTE:	**JENNY ESMERALDA SANABRIA BUITRAGO**
DEMANDADO:	**MUNICIPIO DE GUATEQUE**

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría el 02 de marzo de 2016[1], a efectos de dictar sentencia, toda vez que se reúnen los presupuestos procesales y no hay presencia de casales de nulidad que invaliden lo actuado.

I. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

JENNY ESMERALDA SANABRIA BUITRAGO mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho[2], solicitó la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. **180 del 02 de Mayo de 2013**, por medio del cual se decide no prorrogar el nombramiento de la demandante en el cargo de comisaria de familia del Municipio de Guateque.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho solicitó: (i) Reintegrar a la demandante al cargo que venía ocupando; (ii) Reconocer y pagar los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir; (iii) Declarar la inexistencia de solución de continuidad y; (iv) Indexar los valores y ordenar el pago de intereses.

---

[1] *Informe visto a folio 483 del expediente.*
[2] *Previsto el en artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.*

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS[3]:

Señaló la demandante que en virtud de la resolución No. 323 del 06 de noviembre de 2012 fue vinculada al cargo de Comisaria de Familia Código 202 Grado 15, en virtud de la autorización dada por la Comisión Nacional de Servicio Civil y de los estudios que acredita en su hoja de vida.

Que cumplió a cabalidad con las tareas establecidas en el manual de funciones y sin embargo se le impusieron otras tareas tales como elaborar convenios interadministrativos y mantuviera al tanto de los convenios de alimentación escolar y los pusiera en marcha por lo cual debió emplear horas extras para cumplir a cabalidad con sus labores.

Además de lo anterior, señala que los funcionarios de la administración municipal emprendieron una carrera de persecución para alcanzar su retiro de la Comisaría de Familia, sin embargo nunca se le inició disciplinario alguno por las fallas que se le endilgaron a la demandante durante su paso por el cargo que ocupaba.

Mediante resolución No. 180 del 02 de mayo de 2013, la alcaldía municipal de Guateque decidió no prorrogar el nombramiento de la demandante argumentando que no existía autorización por parte de la Comisión Nacional de Servicio Civil y al desempeño de la demandante, presuntamente insatisfactorio. Por lo anterior, a través de derecho de petición de fecha 06 de mayo de 2013 se solicitó a la Alcaldesa Municipal encargada que diera cuenta de las razones por las cuales se le impide su ejercicio del derecho al debido proceso en relación con la decisión administrativa tomada, petición que fue resuelta argumentando que la decisión se ajustaba a derecho y se encontraba debidamente soportada.

El día 15 de mayo de 2013, se realizó la entrega y empalme de la comisaría de familia de la cual tuvo conocimiento el Alcalde Municipal. Además de lo anterior le solicitó a la personería un informe detallado de las quejas por el mal servicio y los procesos disciplinarios iniciados en razón a ellos, petición resuelta a través de oficio PMG-140 de junio 07 de 2013.

Por otra parte establece que ofició a la Comisión Nacional de Servicio Civil para que enviara información pertinente respecto de la prórroga del nombramiento que desempeñaba, oficio al cual se le respondió señalando que la autorización de la prorroga se encontraba vigente hasta tanto se expidieran los registros de elegibles previo concurso de méritos para ocupar dicho cargo, por lo que considera el acto demandado se encuentra viciado de nulidad.

---

[3] *Folios 3-8 del expediente.*

En lo referente al desempeño no satisfactorio, este no podía tenerse en cuenta para motivar el acto administrativo demandado como quiera que nunca se le dio trámite a los procesos disciplinarios que debían iniciarse con ocasión a estas supuestas faltas, lo cual es violatorio del derecho al debido proceso y derecho de defensa.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La demandante indicó que la Entidad demandada vulneró los artículos 6, 25, 29, 121, 122 y 123 de la Constitución Política; Ley 909 de 2004, artículo 41 y 100 de 1993 artículo 36 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994. Lo anterior por tanto se negó el derecho a trabajar a la demandante quien es una persona competente y capacitada para ello. Además, al motivar el acto administrativo demandado en razón al bajo desempeño se está violentando el derecho al debido proceso y a la defensa por cuanto nunca se le informó de las falencias que según la administración municipal, se estaban dando en el ejercicio del cargo de Comisaria de familia.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 06 de noviembre de 2013[4]; la cual fue admitida mediante auto de fecha 12 de diciembre del año 2013[5].

2. Dentro del término de traslado[6] la entidad demandada MUNICIPIO DE GUATEQUE mediante apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y manifestó que la decisión de no prorrogar el nombramiento de la demandante se debió a las constantes quejas por el servicio prestado por la misma y en razón a la falta de cumplimiento de sus labores como Comisaria. Además de lo anterior, señala que los nombramientos en provisionalidad no gozan de estabilidad laboral reforzada y sustenta su tesis en diversos pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

3. El 29 de julio de 2014, se realizó audiencia inicial[7] en cumplimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la etapa probatoria, momento en el cual se reconocen como pruebas los documentos aportados con la demanda y se decretaron documentales solicitadas por la parte actora y testimoniales solicitadas por la parte demandada.

---

[4] *Folios 93 del expediente*
[5] *Folios 102-104 del expediente*
[6] *Según constancia secretarial visible a folio 113 del expediente el término de traslado de la demanda venció el 30 de mayo de 2014.*
[7] *Folios 316-323 del expediente.*

4. El 10 de febrero de 2015 se realizó audiencia de pruebas[8] en la cual se incorporaron las documentales decretadas, suspendiéndose en razón a que no se pudieron recepcionar los testimonios, dando el plazo que establece la norma para la justificación de las inasistencias.

5. El 25 de Junio de 2015 se reanuda la mencionada diligencia[9] recepcionando solo uno de los testimonios decretados, por lo que se decide nuevamente aplazar la audiencia de pruebas.

6. El día 09 de febrero de 2016, se reanudó la audiencia de pruebas sin que los testigos se hicieran presentes, por lo que se da por finalizada la etapa probatoria; posteriormente se ordenó la presentación de alegatos por escrito en cumplimiento de las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[10].

7. Dentro del término concedido para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron al respecto, por lo que el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia[11].

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El presente asunto se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 180 del 02 de mayo de 2013, por la cual se decide no prorrogar el nombramiento en provisionalidad de la señora JENNY ESMERALDA SANABRIA BUITRAGO como Comisaria de Familia Código 202, Grado 15.

Problemas Jurídicos Asociados

a) ¿Es procedente ordenar a la entidad accionada el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, así como el reconocimiento y pago de los salarios y demás derechos laborales correspondientes al tiempo comprendido entre el momento del retiro del servicio y la fecha en que se verifique el reintegro?

b) ¿Son Prósperos los cargos de Nulidad invocados por la demandante en lo referente a la falsa motivación y la expedición ilegal e irregular del acto acusado?

---

[8] *Folios 428-431 del expediente.*
[9] *Folios 439-441 del expediente.*
[10] *Inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro de los diez días siguientes a la realización de dicha audiencia.*
[11] *Folio 483 del expediente.*

3.2. Marco Jurídico y jurisprudencial.

3.2.1. Del retiro del cargo de empleados nombrados en provisionalidad

La Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario No. 1227 de 2005, vigentes para el momento de la expedición del acto demandado, prevén la posibilidad de proveer cargos públicos de carrera administrativa, por medio de nombramientos provisionales, cuando no sea posible proveerlos por medio de encargo, en los siguientes eventos: (i) cuando los titulares de los cargos de carrera se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal[12]. (ii) mientras se produce la calificación del periodo de prueba[13] y (iii) cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil lo autorice, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio circunstancias que deben ser justificadas por parte del jefe de la respectiva entidad. La duración de la provisionalidad, en estos casos, no puede ser superior a 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, en su artículo 41 consagra las causales de retiro del servicio las siguientes: (i) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (ii) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento como consecuencia de calificación insatisfactoria de un empleado de carrera; (iii) La renuncia regularmente aceptada; (iv) El retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez[14]; (v) La invalidez absoluta; (vi) La edad de retiro forzoso; (vii) La destitución por proceso disciplinario; (viii) La declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo[15]; ix) La revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo; x) Por orden o decisión judicial; (xi) Por supresión del empleo; (xii) Por muerte y; (xiii) Las demás que determinen la Constitución y las leyes.

La norma, establecía en su literal c), que el retiro de los empleados de carrera administrativa también podía darse por razones de buen servicio, mediante resolución motivada; empero, esta disposición fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 501 del 17 de mayo de 2005, al considerarse que se trataba de una sanción y no de una medida administrativa y,

---

[12] En estos casos, los nombramientos provisionales sólo pueden realizarse por el tiempo que duren aquellas situaciones (art. 25 L. 909/2004 y art. 9 D.1227/2005);

[13] Art. 31 ibídem

[14] En sentencia C-501 de 2005, se declaró la exequibilidad condicionada de este numeral.

[15] Constitucionalidad condicionada en sentencia C-1189 de 2005

por tener una proyección en el ámbito disciplinario, requería de las garantías del el debido proceso, aspecto no previsto en el precepto, por ello devenía inconstitucional.

Ahora bien, el parágrafo segundo del artículo 41 en comento, establece que *"Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado."*

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, determinó que *"Antes de cumplirse el término de duración del encargo,* ***de la prórroga o del nombramiento provisional****, el nominador,* ***por resolución motivada, podrá darlos por terminados"*** (negrilla fuera de texto).

Lo anterior lleva a concluir que mientras quienes desempeñan cargos de nombramiento provisional pueden ser retirados del servicio en ejercicio de la facultad discrecional que se le da al nominador y antes del cumplimiento de los términos a los que se refieren las normas en cita, mediante acto administrativo motivado.

No ha sido pacifica la jurisprudencia en torno al retiro del servicio de los empleos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. Así, en los casos ocurridos en vigencia de la Ley 443 de 1998, el Consejo de Estado sostuvo que dada la similitud del ingreso al servicio de los provisionales con los de libre nombramiento y remoción, el retiro de los primeros procedía mediante acto de insubsistencia no motivado, en ejercicio de la facultad discrecional propia de estos últimos[16]. Por el contrario, la Corte Constitucional de tiempo atrás ha sostenido que la desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad requiere de acto administrativo motivado como garantía del derecho al debido proceso, en cuanto no puede equipararse su situación al del nombrado en libre nombramiento y remoción[17].

No obstante, en recientes pronunciamientos el H. Consejo de Estado consideró que *"...A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad,* ***de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa ..."*** [18] (negrilla fuera de texto)

---

16 Al respecto puede citarse entre otras la sentencia CE 2, 13 mar. de 2003, e 4972 -01, T. Cáceres.
17Ver entreo otras T-254/06 y SU.917/10.
18 Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010). CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE,.- Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Actor: MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER. (Tomada de la Página Web del Consejo de Estado de Colombia)

Este criterio ha sido acogido por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, señalando que*"... los funcionarios nombrados en provisionalidad pueden ser desvinculados del servicio en cualquier momento, siempre y cuando el nominador justifique el retiro mediante la expedición de un acto administrativo motivado, ello porque la administración está obligada a prodigar un trato igual para aquellos que prestan sus servicios de manera provisional frente a los que ingresaron en carrera, además, tal justificación hace parte de las garantías laborales del funcionario en provisionalidad, en la medida en que la norma es clara en exigir las razones por las cuales es procedente su desvinculación..."*[19]

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional[20], ha señalado que, *"...el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder..."* de tal suerte que, *"... a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente..."*[21]

Respecto a lo que debe entenderse por motivación del acto administrativo de retiro, resulta ilustrativa la posición de la Corte Constitucional, en cuanto a que*"...El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA...."*[22], así se refiere al principio de la *"razón suficiente"*, en virtud del cual en el acto de retiro *"deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predican directamente de quien es desvinculado ... 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"*[23].

---

19 Sentencia del 16 de febrero de 2011, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Magistrado ponente: Dr. Jorge Eliécer Fandiño Gallo Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Luís Efrén Soler Caro Demandado: E.S.E. Centro de Salud San Rafael – Municipio de Rondón Expediente: 15001-31-33-011-2007-00040-01

20Sentencia SU.917/10, del dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010), SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Magistrado Ponente : JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

21 Ibídem.

22Ibídem

23 Ibídem, señalando además, Se concluye entonces, que "...las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular" , no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario . Así, en varias ocasiones la Corte ha

Con todo, la Corporación insiste 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***[24] *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..."* [25] *(subrayado y negrita fuera de texto).*

Como ya se dijo, la causal de terminación del nombramiento que se invoca en la decisión acusada es el vencimiento del término, además de evidenciar una desmejora en la prestación del servicio, evento que en criterio del Despacho, constituye una causa legal y suficiente para disponer el retiro del servicio de empleados provisionales, en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

Al efecto, ha de señalarse que el Honorable Consejo de Estado, luego de examinar la perspectiva que ofrece el nuevo Régimen General de Carrera administrativa, indicó que la ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada". [26]

---

denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias . Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela..."

24 CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

25 Sentencia SU.917/10, del dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010), SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Magistrado Ponente : JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

26 26 Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE,.- Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Actor: MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER. (Tomada de la Página Web del Consejo de Estado de Colombia)

Entonces, si esta nueva normativa dio plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, forzoso es concluir que al vencimiento del plazo previsto para su duración, la administración puede disponer su terminación.

Este criterio encuentra sustento además en el hecho de que la obligación de motivar los actos de retiro de empleados provisionales, solo opera con anterioridad al vencimiento del terminó, lo que quiere decir que la administración solo está obligada a mantener en el servicio a quienes se hallen vinculados en provisionalidad, a lo sumo, hasta el cumplimiento de la fecha prevista para la duración de la designación, salvo que con anterioridad se de una justa causa de retiro.

Es de aclarar que el término del nombramiento provisional no necesariamente tiene que ser de 6 meses, pues la norma solo establece este tiempo como un límite máximo, de manera que bien puede la administración establecer plazos inferiores o superiores de conformidad con la necesidad del servicio.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, ha señalado al respecto, que *"los nombramientos provisionales son una modalidad de provisión transitoria de empleos de carrera que se hallan vacantes de forma temporal o definitiva y que recaen en personas no seleccionadas por el procedimiento legalmente previsto para la provisión de empleos de carrera administrativa"*.

En consecuencia, ha considerado que *"la transitoriedad de un nombramiento en provisionalidad no está determinada por la vacancia del cargo, sino por la necesidad de provisión de un empleo de carrera. La autoridad nominadora no está obligada a hacer nombramientos provisionales por el solo hecho de la vacancia de un cargo, las razones pueden ser de distinto orden, por supuesto enmarcadas en el interés general"*.

En este orden de ideas, y luego de referirse a la motivación exigida a partir de la vigencia del Decreto 1227 de 2005, la Comisión Consideró que el retiro de una persona nombrada en provisionalidad puede darse, entre otros aspectos, *"por el cumplimiento de la condición que dio lugar al nombramiento, como por ejemplo vencimiento del término de autorización para su provisión. En este evento no estamos ante una terminación anticipada del nombramiento por lo que la mera comunicación del nominador indicando que la vinculación no extenderá más allá del tiempo previsto en el acto de nombramiento es suficiente"*[27].

De lo expuesto hasta el momento, se puede colegir que bien puede la administración dar por terminado un nombramiento provisional al

[27] CNSC 30 de abril de 2008.Radicación No. 02-2008-14534 Comisionado. Pedro Alfonso Hernández

vencimiento del término previsto para su duración, sin que la vacancia del cargo implique la obligación de efectuar un nuevo nombramiento o continuar la prórroga del mismo.

Entonces, como quiera que para el momento que se produjo el acto de retiro del cargo en provisionalidad (02 de Mayo de 2013), aun no se encontraba vencido el término del nombramiento provisional de la demandante, que estaba previsto hasta el 06 de Mayo de 2013, resulta ajustada a derecho la motivación aducida por la administración, constituyendo una causa legal de retiro del servicio, sin que fuera necesario señalar circunstancia adicional alguna.

3.2.2. De la Estabilidad Laboral de los Empleados Nombrados en Provisionalidad.

De la lectura del expediente, observa el Despacho que el nombramiento de la accionante nunca tuvo como origen su inscripción en carrera como resultado del correspondiente concurso de méritos establecido en el ordenamiento jurídico para la provisión de empleos de carrera administrativa, razón por la cual su permanencia no es consecuencia de una situación de estabilidad laboral, toda vez que la declaratoria de insubsistencia o la decisión de no prorrogar un nombramiento es efecto del ejercicio del poder discrecional del nominador, quien podrá ejercerlo en legal forma, en la medida que se pretenda el mejoramiento del servicio público prestado.

En esta medida, será una obligación de la demandante probar que los motivos de la decisión de no prorrogar su nombramiento no tuvieron como sustento el mejoramiento del servicio, sino que resultan abiertamente contrarios a los principios establecidos para el ejercicio de la Función Pública, siendo finalmente el Acto Administrativo un instrumento contentivo de una desviación de poder, a efectos de lograr la desarticulación de la presunción de legalidad de que se reviste todo acto administrativo.

En este punto de discusión, se puede afirmar que las formas de desvinculación de los empleados dentro de todas las entidades del Estado dependen del título en que hayan llegado a proveer los cargos. Así, aquellos empleados que resultan vinculados en carrera administrativa por haber cumplido con los requisitos propios del concurso de méritos, gozan de una estabilidad laboral mayor frente aquellos que resultan proveídos en provisionalidad, toda vez que, en virtud de la carrera administrativa, el nominador se encuentra en imposibilidad de removerlos del ejercicio del cargo salvo las causas taxativamente señaladas por la Constitución Política y la Ley. Por otra parte, los funcionarios vinculados en provisionalidad están sometidos al ejercicio del poder discrecional del

nominador el cual no solo tendrá fundamento en el ordenamiento jurídico sino en cualquier causa que concluya en el mejoramiento del servicio público que se presta, en la justa medida en que las condiciones de modo, tiempo y lugar lo permitan.

Así las cosas, puede decirse que toda provisión de empleos deberá hacerse en carrera administrativa, salvo aquellos empleos que excepcionalmente tengan otro tipo de vinculación, conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley, por lo que, el acceso a dicho régimen especial, estará supeditado al cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por el ordenamiento jurídico para tales efectos, a saber, la participación en concurso público de méritos, mecanismo que califica las calidades y cualidades de los aspirantes a la carrera.

En un comienzo, luego de la expedición de la Ley 443 de 1998, el legislador estableció una estabilidad de quienes eran nombrados provisionalmente en cargos de carrera, ya que el Decreto 1330 de julio 13 de 1998, en virtud del cual se reglamentaba parcialmente aquella ley, consagraba la prohibición para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional. Estos cargos no requieren confirmación, menos cierto que dicho decreto fue derogado en su integridad por el Decreto 1754 de agosto 26 de 1998. En la misma proyección, debe decirse que el Decreto 2504 de 1998, modificatorio del artículo 4° del Decreto 1572 de 1998, dispone que debe entenderse "... ***por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata. ...", lo que deja por fuera la presunta estabilidad relativa***.[28]" (Resaltado fuera del texto).

Seguidamente, el artículo 7° del mismo Decreto 1572 de 1998, en su parte final señala: "...***El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador***" (Resaltado fuera del texto).

Así mismo, frente a la facultad discrecional para desvincular empleados en provisionalidad ha dicho el Consejo de Estado que no pueden estar en igual condición el servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos y aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo. Si su designación entonces no es equiparable a la del escalafonado en la carrera, el retiro, por obvias razones, no puede ser en la misma forma. Asimilar el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa a los

---

[28] *CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia 19 de octubre de 2006, Exp.3934-05. Consejera Ponente Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO*

nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, que es en el fondo lo que pretende el demandante como se colige de los argumentos expuestos en la demanda, distorsiona el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo.

La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominado y de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general[29].

La facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza la administración a efectuar nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como anteriormente se señaló. Resulta pertinente señalar que las normas que rigen la carrera administrativa corroboran esa situación precaria del empleado en provisionalidad, al igual que corroboran la forma discrecional para su retiro.

En efecto, el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998 y del Decreto Ley 1567 de 1998 dispone: *"en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados"*. Tal disposición, sin lugar a duda, permite concluir que el retiro del servicio de esta clase de empleados no está condicionado a la celebración del concurso de méritos. Para el caso de aquellos empleados que se encuentran vinculados bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia encuentra sustento en el poder discrecional del agente nominador, el cual, cabe aclarar, debe encontrar límite en los fines que la ley imponga al servicio que se presta con la provisión y, de manera general, la remoción de los empleados siempre ***deberá obedecer al mejoramiento del servicio público,*** de forma que una declaración podrá entenderse como motivada cuando las calidades del empleado que se nombra permitan ver, sin mayor dificultad, que el servicio que se pretende prestar con el nombramiento se encontrará mejor garantizado y cuya eficiencia será superior al

---

[29] *22 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 12 de febrero de 2004, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, Exp. 3016-01*

estado en que se encontraba; es decir que, ***el reemplazo de un empleado por otro no tendrá otra finalidad que el mejoramiento de las condiciones de prestación del servicio, bajo los postulados del ejercicio de la función pública***.

No se trata de realizar de un juicio respecto de la idoneidad del empleado removido, sino que eventualmente, a juicio del nominador, pueden presentarse otras circunstancias que amenacen la garantía de la prestación de un buen servicio, motivos que no debe explicar en el acto de insubsistencia, pero que de todas formas, deben quedar impresos en el ánimo de remoción. Finalmente, ha de decirse que la Sección Segunda del Consejo de Estado, reiteradamente sigue sosteniendo, la posición ya referida en casos de los empleados vinculados en provisionalidad, así:

> *"De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen[30]".*

Con todo lo anterior, observa este estrado judicial que, revisando las pruebas del proceso, la demandante no tenía adquirido el derecho de carrera administrativa, el cual se obtiene mediante concurso de méritos, derecho que sí le permitiría gozar de las prerrogativas y privilegios por haber agotado todas y cada una de las etapas previstas en las normas legales de la carrera para su vinculación, razón por la cual el cargo que ocupaba en provisionalidad, ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina como el nombramiento hecho mientras se realiza la designación por el sistema de méritos.

Como ya se ha enfatizado, dicho nombramiento no implica que la persona nombrada provisionalmente no pueda ser removida del servicio hasta cuando se produzca el nombramiento previsto legalmente, sino que simplemente

---

[30] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05348-02(2288-08).*

constituye una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, sin que se genere a través de dicha modalidad de vinculación, fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

Por lo anterior, queda demostrado que al acto administrativo impugnado no viola las normas superiores sobre las cuales debía fundarse; así mismo, es evidente que a pesar de que no se hubiera realizado el concurso público de méritos para acceder al cargo, el actor podía ser removido del mismo por la facultad que tiene el nominador, la cual se presume en mejoramiento del servicio público.

2.1.3.- Caso Concreto.-

Del estudio de los documentos allegados con la demanda y su contestación se pudo probar que:

- Mediante resolución No. 323 del 06 de noviembre de 2012 se prorrogó el nombramiento de la demandante en el cargo de Comisaria de Familia Código 202, Grado 15 hasta el 06 de Mayo de 2013[31]
- A través de Resolución No. 180 de 02 de Mayo de 2013, la entidad demandada decide no prorrogar el nombramiento de la demandante en el cargo que ostentaba[32].
- A través de oficio de fecha 08 de abril de 2013 la demandante solicita a la Comisión Nacional de Servicio Civil que le informe la fecha de vencimiento del permiso de prórroga del cargo que ostentaba y al Departamento Administrativo de la Función Pública que informe sobre la legalidad del retiro de un funcionario en provisionalidad y los efectos jurídicos de la no solicitud de prórroga del mismo[33].
- De acuerdo con el oficio 2013EE19907 del 11 de junio de 2013, la Comisión Nacional de Servicio Civil le informa a la demandante que el permiso de prórroga se daba hasta el momento en que se conformara la lista de elegibles para proveer el cargo que ostentaba, advirtiendo que el nombramiento en provisionalidad es transitorio y se subsume a la facultad del nominador[34].
- Testimonio de la señora AURORA ISABEL CABALLERO MEDINA quien señala que se acercó a la Comisaria de Familia para recibir ayuda por ser madre cabeza de familia y nunca fue bien recibida, nunca se le atendió puntual y siempre se excusaba para no atenderla[35].

---

[31] *Folios 17-21*
[32] *Folios 47-51*
[33] *Folios 75-77*
[34] *Folios 79-83*
[35] *Folio 431*

- Testimonio de la señora NUBIA ALFONSO BUENO, quien señala que tenía problemas en su hogar y solicitó apoyo de la Comisaría de Familia quien nunca tenía tiempo y le asignaba citas 15 días después de los inconvenientes que ella presentaba en su núcleo de hogar. Además de lo anterior, señala que la comisaria siempre se encontraba ocupada y nunca la atedió, por lo que finalmente decidió asistir a la personería para solucionar sus inconvenientes[36].
- De las documentales allegadas a lo largo del proceso, así como de las testimoniales referidas en el numeral anterior, se evidencian las faltas cometidas por la demandante en el ejercicio de su cargo como Comisaria de Familia, además de todas las labores dejadas de cumplir y las constantes quejas de los usuarios y los demás empleados del Municipio frente a la labor que la demandante prestaba de forma incompleta o no prestaba.
- La demanda fue presentada el 06 de Noviembre de 2013[37].

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo de Comisaria de Familia, Código 202, Grado 15 terminaría el día 06 de mayo de 2013, por lo cual, aplicando la normatividad y la jurisprudencia referida en los considerandos de esta sentencia, se encuentra ajustado a Derecho que el Municipio de Guateque haya expedido el acto acusado cuatro días antes de la fecha señalada.

Señala la demandante que el acto se encuentra viciado por falsa motivación por cuanto se señala que no se contaba con el permiso de la Comisión Nacional de Servicio Civil para realizar la prórroga en el nombramiento en provisionalidad, permiso que había sido otorgado hasta tanto se expidieran las correspondientes listas de elegibles para surtir el nombramiento en propiedad del Comisario de Familia de Guateque. Al respecto, el Despacho advierte que si bien es cierto, el Municipio contaba con la autorización para tal fin, no es menos cierto que la prórroga del nombramiento se realizó por el término de 6 meses contado a partir del 6 de noviembre de 2012 (fecha de expedición de la resolución de prórroga del nombramiento), por lo que así se motivó en el acto que decide no prorrogar el nombramiento en provisionalidad. Además de lo anterior, señaló la comisión que el nombramiento se entendía de carácter transitorio y el nombrado no contaba con estabilidad laboral, por estarse a lo resuelto por el nominador.

Otra de las motivaciones de la resolución No. 180 del 02 de mayo de 2013 obedece a la falta de satisfacción por parte del Municipio y de los usuarios de la comisaría de familia del desempeño laboral de la demandante en el cargo que ocupaba, situación final que llevó al nominador a tomar la decisión de NO

---

[36] *Folio 440 y 443*
[37] *Folio 93*

PRORROGAR el nombramiento en provisionalidad; situación que se evidenció no solo en el acto administrativo demandado, sino también en la contestación de la demanda y en las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente.

Por lo demás, la demandante no demostró que se hubiese presentado una desmejora en el servicio, así como tampoco acreditó que quien la remplazo no cumpliera los requisitos para el desempeño en el cargo.

De lo que resulta claro que el acto se encuentra debidamente motivado, que la presunción de legalidad del mismo no pudo desvirtuarse, por lo cual las pretensiones de la demanda deberán negarse.

4. Costas
El artículo 188 del CPACA dispone que:

> *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho; así pues, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., norma que dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso; el Despacho dispondrá condenar en costas y agencias en Derecho a la parte demandante. Por Secretaría, Liquídense.

Además de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. y de acuerdo con el Acuerdo 1887 de 2003, se procede a señalar como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**. Por Secretaría, Liquídense.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante. Por secretaría, **EFECTÚESE** la respectiva liquidación.

TERCERO.- Por concepto de Agencias en Derecho, **FIJAR** la suma correspondiente **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquídense.

CUARTO.- NOTIFICAR la presente decisión a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- En firme la presente sentencia, **HÁGANSE** las comunicaciones del caso y **ARCHÍVESE** el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ
JUEZ

ERRP