



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA
Tunja, veintisiete (27) de agosto de dos mil Quince (2015)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RUBY ESPITIA VILLATE
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TUNJA
RADICADO:	15001333300820140003800

Agotado el trámite procesal del Medio de Control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin advertirse causal de nulidad en la actuación, procede el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** a dictar sentencia atendiendo lo previsto en el art. 187 de la ley 1437 de 2011, para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

I. ANTECEDENTES;

La señora **RUBY ESPITIA VILLATE**, por medio de apoderado, instaura **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, conforme al artículo 138 de la ley 1437 de 2011, contra el **MUNICIPIO DE TUNJA**, con el fin de obtener, en sentencia definitiva, resolución favorable a las siguientes:

PRETENSIONES (folio 6 a 8)

"...1. **DECLARAR** la **NULIDAD PARCIAL** del **DECRETO** número, 0283 del 2 de Agosto de 2013, mediante el cual se declaró insubsistente a la aquí demandante y el **OFICIO** identificado con el Número oficio 9701 CARTA 2313 VERSION 2,0 de fecha 21 de Agosto de 2013 de fecha 21 de Agosto de 2013, por medio del cual se le comunico a la convocante la declaratoria de insubsistencia, la resolución 0462 de Septiembre 11 de 2013, por medio del cual se resolvieron los recursos interpuestos contra los actos anteriores quedando con este último agotada la vía gubernativa.

2. **RESTABLECER EL DERECHO** a la señora **RUBY ESPITIA VILLATE** por la parte demandada a continuar Gozando del derecho y hacer reintegrada, en virtud de la estabilidad laboral reforzada que le ha generado su enfermedad, madre cabeza de familia y que tutelo el Juez en su momento, y así continuar ejerciendo la actividad laboral en el cargo que venía desempeñando.

3. **CONDENAR** a la parte demandada, a cancelar los salarios, auxilios, primas, subsidios, vacaciones, cesantías, interés a las mismas, y los demás que de manera ultra y extra petita se considere tiene derecho desde el momento que fue retirada del servicio, y dejo de devengar las anteriores factores hasta el momento en que por vía de tutela fue reintegrada.

4. **CONDENAR** a la parte demandada si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el art 192 del CPACA. a reconocer aplicar y pagar a favor de mi poderdante los ajustes, de valor indexado desde la fecha de desvinculación, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que le ponga fin a la proceso.

5. *Se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad desde la desvinculación hasta el reintegro por vía de tutela en la prestación de los servicios, por mi representada.*

6. *Que la parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del art. 192 del C.P.A.C.A*

7. *Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el art. 193 del C.P.A.C.A*

8º.- *Se declare que para todos los efectos legales futuros la demandante tiene derecho a que se le reconozca la estabilidad laboral reforzada como consecuencia de la enfermedad laboral que padece adicional a ser madre cabeza de familia...*

HECHOS (folios 2 a 5)

1. *..“Mi poderdante RUBY ESPITIA VILLATE, mediante acto administrativo resolución No. 24 de Mayo de 2001 fue nombrada de manera provisional para ejercer el cargo de supervisor Código 545 grado 44 en el Centro Auxiliar de servicios Docentes CASD del Municipio de Tunja.*
2. *Mediante ACTA DE POSESION del 30 de Mayo de 2001 mi poderdante efectivamente se posesiono en el cargo para el que fue nombrada en la resolución antes mencionada.*
3. *Mediante resolución No. 27 de Enero de 2003, el Municipio de Tunja asigno algunos cargos administrativos entre ellos el que venía desempeñando mi representada, al Colegio Silvino Rodríguez.*
4. *Mediante decreto 0542 de 2008 el Municipio de Tunja decidió Asignar e Incorporar a mi representada en el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 18 cargo que fue homologado de conformidad con el decreto 0381 del 16 de Octubre de 2008.*
5. *Mediante decreto 0190 del 17 de Mayo de 2012 la Alcaldía de Tunja decidió en el mismo acto nombrar y declarar insubsistente a mi representada del cargo que venía desempeñando argumentando en el mismo que según lista de carrera debía proveer el mencionado cargo y terminar la provisionalidad de la aquí convocante situación que desde ya se considera ilegal.*
6. *Mediante oficio 1588 del 6 de Junio de 2012 se le comunica a mi representada de la decisión tomada en el acto administrativo antes mencionado.*
7. *Mi representada advirtiendo la anterior anomalía intenta por medio de recurso de reposición que la Alcaldía de Tunja reconsidere su posición puesto que era madre cabeza de familia adicional a sufrir de una enfermedad cáncer de la cual se encontraba recibiendo tratamiento y conocida por la entidad antes de su desvinculación irregular sin que la Alcaldía tomara en cuenta estas dos situaciones.*
8. *Mediante resolución 0131 de Junio 22 de 2012 esta entidad manifiesta que RECHAZA por improcedente el recurso dejando la situación administrativa de la convocante incólume frente a la decisión inicialmente tomada.*
9. *El 30 de Agosto de 2012 se interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía de Tunja, correspondiendo al Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja, despacho que acogió la tutela tutelando el derecho a la salud, vida, igualdad de la accionante, decisión que se emitió con fecha 19 de septiembre de 2012, dicha decisión fue impugnada por el accionado correspondiendo al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Tunja, el cual confirmo la decisión.*

10. *Extractando lo aducido en los fallos de primera y segunda instancia RATIO DECIDENDI de los mismos los dos concluyen en manifestar que si bien la Alcaldía Municipal de Tunja actuó bajo el cumplimiento de una orden o disposición como fue que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el entendido de proveer los cargos en vacancia y provisionalidad de lista enviada por esta entidad, no es menos cierto que la Alcaldía advirtiendo la situación particular de mi representada esto es sobrellevar una enfermedad catalogada como terminal así como ser madre cabeza de familia, se ordenó por tanto mantener a la accionante en el cargo que venía desempeñando esto es los fallos dejaron suspendido el efecto nocivo del acto, y ordeno el reintegro de la misma, dejando en libertad a la accionada para que acceda a la justicia contenciosa para dimitir el conflicto.*
11. *El Fallo de segunda instancia se emitió el 29 de Noviembre de 2012 enviándose telegrama el 30 de Octubre recibido por mi representada el 14 de Noviembre del mismo año.*
12. *Mediante decreto 0283 del 2 de Agosto de 2013 nuevamente la Alcaldía de Tunja decidió en el mismo acto nombrar y declarar insubsistente a mi representada del cargo que venía desempeñando argumentando en el mismo que según lista de carrera debía proveer el mencionado cargo y terminar la provisionalidad de la aquí convocante situación que desde ya se considera ilegal.*
13. *Mediante oficio 9701 CARTA 2313 VERSION 2,0 de fecha 21 de Agosto de 2013 recibido por mi poderdante el 23 de Agosto del mismo año, se le comunica a mi representada de la decisión tomada en el acto administrativo antes mencionado.*
14. *Mi representada advirtiendo la anterior anomalía intenta por medio de recurso de reposición que la Alcaldía de Tunja reconsiderare su posición puesto que es madre cabeza de familia adicional a sufrir de una enfermedad cáncer de la cual se encontraba recibiendo tratamiento y conocida por la entidad antes de su desvinculación irregular sin que la Alcaldía tomara en cuenta estas dos situaciones.*
15. *Mediante resolución 0462 de Septiembre 11 de 2013 esta entidad manifiesta que RECHAZA por improcedente el recurso dejando la situación administrativa de la convocante incólume frente a la decisión inicialmente tomada.*
16. *Seguido de estas decisiones se interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía de Tunja, correspondiendo al Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Tunja, despacho que acogió la tutela Tutelando el derecho a la salud, vida, igualdad de la accionante, decisión que se emitió con fecha 25 de Noviembre de 2013, dicha decisión fue impugnada por el accionado correspondiendo al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Tunja, el cual confirmo la decisión, el 3 de Enero de 2014.*
17. *Analizada la situación tal y como aquí se ha plasmado, es nuestro deseo solicitar a la Alcaldía de Tunja la cancelación de los salarios y demás emolumentos prestacionales a que tuvo derecho desde su desvinculación hasta el reintegro que por orden de Tutela se hizo de la accionante, así como dejar sin efecto los actos administrativos que dieron origen al conflicto.*
18. *Con relación a la estabilidad en el empleo tenemos que debió la Administración Municipal adoptar cualquier medida distinta del retiro, en orden a dispensarle protección especial de estabilidad en su empleo, tal como lo exige el plexo constitucional, allí su desarrollo jurisprudencial, a partir del concepto de estabilidad laboral reforzada...."*

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Arguye como normas violadas La constitución política en sus Arts 2,13,25,29,48,49,53 ley 909 de 2004 ,ley 361 de 1997, ley 1384 de 2010, ley Estatutaria 1618 de 2013.

Considera que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia han tenido como principal objetivo la garantía del derecho al mínimo vital, bajo el entendido de buscar un mínimo de condiciones necesarias para la seguridad material y la consecución de los principios de dignidad humana y Estado Social de Derecho que definen la organización social, política y económica del país.

Sostiene que para el presente caso, existe una vulneración al debido proceso, al no existir un acto administrativo individual y debidamente motivado que declare insubsistente el cargo de la demandante, sino que por el contrario existe un acto de nombramiento por medio del cual se declara insubsistente a la demandante y se desencadena así una Falsa motivación.

Frente a lo anterior, trae a colación el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional, en sentencia T-289 de 2011, según la cual existe un deber de motivación de los actos administrativos que declara insubsistente a nombramientos hechos en provisionalidad, sin el cual se genera una violación a principios y derechos de rango constitucional como el debido proceso y derecho a la administración de justicia.

Finalmente arguye que la ley 909 de 2004, ley del empleo público y carrera administrativa reconoce la competencia frente al retiro de empleos de carrera la cual es "Reglada" Y "Deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para empleos de libre nombramiento y remoción la competencia es "Discrecional" y mediante "Acto no Motivado", por tanto no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

TRAMITE PROCESAL;

1. Presentación y admisión;

La demanda fue radicada el Seis (06) de Marzo de dos mil Catorce (2014) (fl.11) y admitida mediante auto de fecha 20 de marzo de dos mil catorce (2014), (fl.89-92) ordenándose la notificación personal al representante legal de la entidad demandada, (MUNICIPIO DE TUNJA) y al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho Judicial, igualmente a la demandante y su apoderado.(fl. 91).

Mediante auto de fecha 28 de Agosto de 2014, el Despacho fijo para el día 16 de Septiembre de 2014, la **audiencia inicial** que trata el artículo 180 del CPACA, (fls. 156), llegando el día y hora señalada se adelantó la audiencia, dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha, (fls. 162-164) y CD. (fl 167); en esta audiencia se fijó para el día 12 de Noviembre de 2014, a las 2:00 p.m. la realización de la audiencia de pruebas que trata el artículo 181 de la ley 1437 de 2011, sin embargo para esta fecha hubo cierre extraordinario de términos con ocasión del cese de actividades liderado por ASONAL JUDICIAL, desde el 09 de octubre al 19 de diciembre de 2014 como aparece en

constancia secretarial folio (173), por lo tanto mediante auto del 02 de febrero de 2015, se fijó como nueva fecha para la realización de la audiencia de pruebas para el día Veintitrés (23) de febrero de 2015, (folio 175); dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha, (fls. 179-183) y CD. Fl. 184, fecha en la cual se incorporaron una parte de la totalidad de las pruebas decretadas como quedó en el registro de audio y video (fl.184), y se suspendió la mencionada audiencia de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437 de 2011, ordenando requerir al Municipio de Tunja certificar la vinculación de la demandante a esa entidad. Por ende el 14 de julio de 2015 se reanuda la audiencia de pruebas, se incorporaron la totalidad de las mismas y se ordenó correr traslado para alegar, señalando a las partes que debían presentar por escrito alegatos dentro de los diez días siguientes al desarrollo de la audiencia, de igual manera se le recordó al Ministerio Público que dentro de la misma oportunidad si a bien lo tenía, podía presentar el correspondiente concepto; superado el termino de traslado y dentro de los 20 días siguientes se proferiría la sentencia (fl. 200).

Una vez notificado el auto admisorio de la demanda al representante legal de MUNICIPIO DE TUNJA el día 21 de Abril de 2014, (fls. 98) vencido el termino de 25 días de que trata el artículo 199 de la ley 1437 de 2011, (fl. 99), empezó el termino de los 30 días de traslado que trata el artículo 172 del CPACA, tal como se observa en la constancia secretarial,(fl. 102); término que venció el 22 de julio de 2014; dentro de este término la entidad demandada procedió a contestar la demanda, así;

2. Contestación de la Demanda;

MUNICIPIO DE TUNJA ; (fls. 109 a 120)

Se opone a todas y cada una de las pretensiones planteadas, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho y solicita que se absuelva y se condene a la parte actora en costas.

Señala que la Comisión Nacional de Servicio Civil, mediante convocatoria No. 001 de 2005 convoco a Concurso Abierto de Méritos en vacancia definitiva, provistos o no en vacancia provisional o encargo; De esta manera mediante resolución No. 1056 del 30 de marzo de 2012 se conformó la lista de elegibles para proveer tres vacantes del empleo señalado en el cargo de Auxiliar Administrativo 407-18 estando en orden de elegibilidad la señora Gloria Evelia Ussa Álvarez, quien fue nombrada en periodo de prueba.

Frente a tal determinación, La señora Ruby Espitia Villate interpuso acción de tutela la cual fue tramitada bajo radicado 2012- 0025 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de Garantías, quien ordeno que en el evento de existir vacantes en la entidad de un cargo igual o equivalente al que ocupaba la accionante fuese nombrada esta en provisionalidad hasta tanto el cargo se provea en propiedad mediante el sistema de carrera.

Finalmente argumenta la parte demandada que la señora Gloria Evelia Ussa Álvarez presento renuncia al periodo de prueba, y al ser esta la única vacante disponible, y en aras de cumplir la orden judicial de tutela fue nombrada la señora Ruby Espitia villate mediante decreto No. 0359 del 01 octubre de 2012 en el cargo de auxiliar administrativo 407-18.

Posteriormente indica que al nuevo nombramiento en provisionalidad de la demandante, la señora Ángela Medina Aguilar, quien ocupó el cuarto lugar en la lista de elegibles, impetro acción de tutela solicitando de la misma manera como lo hizo la parte actora la protección de sus Derechos Fundamentales al considerar que era ella quien debía ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo 407- 18.

Fue por tal razón que por ocasión del cumplimiento del fallo de tutela del 02 de enero de 2013 el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento, se declaró insubsistente el nombramiento de la señora RUBY ESPITIA VILLATE, mediante decreto 0011 del 08 de enero de 2013, pues la misma lo desempeñaba con carácter provisional y el fallo de tutela que lo amparó en la anterior oportunidad, determinó que su nombramiento se efectuaría en el caso de existir vacancia y hasta que el cargo fuese provisto en propiedad mediante el sistema de carrera.

De esta manera pues, señala la apoderada del Ente territorial demandado, que en aras de proteger los derechos de la señora RUBY ESPITIA VILLATE, la Secretaria Jurídica de la Alcaldía Municipal presentó impugnación frente a dicho fallo de tutela, el cual fue resuelto mediante el fallo No. 2012-00037 del 11 de febrero de 2013, confirmando la decisión y reconociendo la vulneración a los derechos de la señora ANGELA CAROLINA MOLINA AGUILAR.

Ahora bien, indica la parte demandada que el municipio de Tunja trato desde un principio de proteger los derechos fundamentales de la señora RUBY ESPITIA VILLATE, pero fue el Juez de tutela quien cuestiono dicha decisión y nombramiento de la parte actora y opto por dar prevalencia a los elegibles del concurso, sin que la administración Municipal pudiera tomar una decisión distinta al cumplimiento del fallo de tutela, el cual fue resuelto favorablemente en primera instancia y confirmado en su integridad por el de segunda instancia.

Por todo lo anterior, sostiene que el hecho de que las providencias de tutela refirieran a la misma vacante no permitía que se optara por otra alternativa, cual era retirar del cargo a la demandante, habida cuenta que desde la primera acción de tutela interpuesta por la señora RUBY ESPITIA VILLATE, la administración municipal ha buscado mantener a dicha funcionaria en la planta de cargos, lo cual no ha sido posible por el deber legal y constitucional de acatar las decisiones judiciales de un fallo de tutela, ocasionado así una interrupción en la vinculación laboral de la demandante.

Por las razones anteriormente mencionadas, señala el ente demandado, no hay lugar a los pagos de los emolumentos que se reclaman , debido a la interrupción de la relación laboral

de la señora Ruby Espitia fundamentada en el respeto al Concurso de Méritos No. 001 de 2005 y su orden de elegibilidad, así como el acatamiento de las decisiones judiciales.

Así las cosas, sostiene que los nombramientos en provisionalidad, según el decreto 1950 de 1.973, y decreto 4968 de 2007, no puede ser indefinida ya que la directriz es taxativa en indicar que existe un término y que debe sujetarse a la lista proporcionada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformada por quienes ocuparon los primeros puestos para el cargo.

Concluye solicitando que se denieguen las suplica de la demanda.

1. Alegatos de conclusión;

3.1. Parte Demandante; (fls. 206-209)

Señala que en el presente caso los actos atacados, son contrarios a la ley pues a pesar de existir una posible causa justificada, se desconocieron decisiones judiciales como fue la tutela inicial que reintegro a la accionante en razón a su estado de salud y declaratoria de estabilidad laboral reforzada.

Así mismo indica que los actos demandados afectan el derecho al trabajo y estabilidad laboral; aspectos que fueron protegidos por el juez de tutela y quien debatió las condiciones de debilidad manifiesta, situación tal que la administración Municipal desconoció al haberla desvinculado del cargo y no cancelarle los valores correspondientes a sus salarios.

Sostiene que está plenamente demostrado dentro de plenario que el acto administrativo que desvinculo a la demandante, fue desde todo punto de vista ilegal pues este no fue motivado en debida forma por el Ente territorial. Al respecto trae a colación el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional en sentencia SU- 250 de 1.998, en el cual se menciona la importancia de la motivación de los actos administrativos, más aun, frente a la desvinculación de cargos en provisionalidad; esto en razón a que como lo indica la Corte se vulnera el derecho al debido proceso, derecho a la defensa pues en los mismos no se indica cual fue el argumento jurídico que se tenía en cuenta para la declaratoria de insubsistencia.

Afirma que dentro de las pruebas aportadas al proceso se logran acreditar las tutelas tramitadas por la demandante hechos que no fueron desvirtuados por el demandado, así como testimonios aportados que dan cuenta de la desprotección laboral que sufrió la demandante, el padecimiento de su enfermedad y su desvinculación después de una orden judicial que había ordenado su reintegro, pruebas tales que nunca fueron desvirtuadas por parte del Municipio de Tunja, por ende resulta coherente y jurídicamente viable darles plena validez y análisis desde el régimen probatorio aplicable.

Así las cosas, Solicita se accedan a las pretensiones de la demanda pues desde todo escenario jurídico se denota la violación a normas superiores que desvirtúan la legalidad de los actos demandados.

3.2. Parte demandada; (fl. 204 - 205)

Reafirma lo solicitado en el libelo introductorio y arguye que los testimonios que obran como prueba dentro del proceso, no aportan nada diferente a lo ya conocido respecto de la situación de salud de la demandante, por lo tanto no tiene trascendencia respecto de su situación laboral en la que se ve inmersa y que la ha llevado a su desvinculación.

De esta manera solicita se acceda a declarar las excepciones propuestas con la contestación de la demanda y se denieguen las pretensiones de la misma.

3.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO;

No Conceptuó.

II. CONSIDERACIONES;

1. Problema jurídico

Consiste en determinar si el Decreto No. 0283 del 2 de agosto de 2013, el oficio No. 9701 CARTA 2313 versión 2.0 del 21 de agosto de 2013, y la Resolución 0462 del 11 de septiembre de 2013 expedida por la Secretaria de Educación Municipal, incurren en alguna causal de nulidad y si la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago del salarios, auxilios, primas, subsidios, vacaciones, cesantías, interés y demás prestaciones sociales que dejó de devengar desde el momento en que fue retirada y hasta el momento en que por vía de tutela fue reintegrada.

2. Resolución del caso;

2.1. Fundamento Legal;

2.1.1. Vinculación de los Empleados en Provisionalidad, diferencias con los empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción.

Según la Corte Constitucional, los empleados vinculados en provisionalidad no gozan de estabilidad equiparable a los empleados pertenecientes al sistema de carrera administrativa, dado que para ingresar a este debe haberse surtido una serie de etapas y procedimientos que brindan los derechos de los que gozan los empleados de carrera. Veamos:

"...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". 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. 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. 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 remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación.** ¹(Negrillas del Despacho).

Así mismo lo expone la SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Bogotá D.C., en sentencia del Veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), así:

" Para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera, el servidor público debe acceder al empleo mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales, en caso contrario, la autoridad nominadora, respecto a nombramientos provisionales, puede ejercer la facultad discrecional en aras de mejorar el servicio. El precedente anterior es aplicable en este caso, toda vez que el retiro del servicio de la actora se produjo bajo el amparo del artículo 100 del Decreto 261 de 2000, de acuerdo con el cual el retiro del servicio procedía mediante declaratoria de insubsistencia, sin que fuera necesaria motivación alguna; empero, la Sala no pasa por alto que a partir del 18 de abril de 2007 y en virtud de la sentencia C-279 de la Corte Constitucional por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, "Estatuto Orgánico de la Fiscalía", los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicas, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida. Por lo tanto, en el caso concreto, el hecho de que el acto acusado, Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003 se haya expedido con anterioridad a la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, implica que para ese momento no resultaba necesaria la motivación de la declaratoria de insubsistencia, toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio, y en tales condiciones, el nominador no tenía el deber de motivar el acto de retiro."

¹ Sentencia T-147/13

Concluye así el Despacho que los empleados nombrados en provisionalidad no son sujetos de los mismos derechos de quienes han ingresado al servicio público mediante las etapas de selección y mérito que otorga el concurso público con todas sus etapas de selección. Así las cosas en principio la demandante no podía pretender que su condición de provisional le proporcionara estabilidad perpetua en la entidad nominadora por lo que su desvinculación no estaría vulnerando derechos laborales, pues se itera en su condición no resultan predicables.

2.1.2. Del nombramiento en provisionalidad y del deber de motivar el acto de retiro.

La Ley 909 de 2004, en su Art. 1º, establece de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y la ley, que empleos hacen parte de la función pública, ad litteram:

- a) Empleos públicos de carrera
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción
- c) Empleos de período fijo
- d) Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

En lo que respecta a los empleos públicos de carrera el artículo 27 de la ley en mención dispone que:

Artículo 27: Carrera Administrativa. *La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.*

En cuanto a la clasificación de estos empleos, el artículo 5º ídem dispone que los empleos regulados por la presente ley son de carrera administrativa, exceptuando:

1.- *Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

2.- *Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

- a) *Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.*
- b) *Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).*
- c) *Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.*

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En lo tocante a los nombramientos en provisionalidad, el artículo 25 de la citada ley dispone, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en forma provisional, **"sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera"**.

El nombramiento en provisionalidad se presenta en los siguientes eventos:

.- Para suplir vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados (art. 25)

.- Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5). Conforme lo anterior, se tiene que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pues el nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso de méritos, tratándose de cargos de carrera; ya que para acceder a éstos por disposición constitucional y legal se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección, y una vez concluido éste se obtiene el fuero como empleado de carrera, que es el que le da estabilidad para permanecer en el cargo.

De igual manera, el Decreto 1227 de 2005 que reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales estableció que los nombramientos en provisionalidad 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, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, conforme lo regulado en el artículo 10 del Decreto en mención, el cual prevé: **"Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado"**.

En el mismo sentido el Consejo de Estado en la sentencia del Sección Segunda, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), ha dejado claro que los actos que retiran del servicio a un empleado de carrera, independientemente que este provisto de manera provisional **debe ser motivado**, por cuanto esto obedece a una competencia reglada, al respecto sostuvo: "*La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

Agrega que, así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo **motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

Concluye que la motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse *mediante acto motivado*.

2.1.3. Retiro del Servicio de un empleado Provisional – Motivación del Acto

La Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, al señalar que éstos no pueden superar los seis (6) 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, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional. En punto a la provisionalidad, el Consejo de Estado ha reiterado, que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, de tal manera que le es dable al nominador dar por terminada la relación laboral, incluso antes del vencimiento del período de la misma.²

Así mismo, ha sido criterio reiterado por el Consejo de Estado al precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con 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 nominador 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 general³

Bajo la línea del precedente judicial, el Consejo de Estado al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral en Sentencia de fecha 29 de abril de 2010⁴, Sección Segunda" Subsección B". M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03490-01(1998-09), manifestó lo siguiente

"Cabe reiterar que la provisión de los cargos de Carrera mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto -concurso de méritos- sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la Ley. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

La Administración puede, en aras de mejorar el servicio, aún cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.

² Sentencia de fecha primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012), Sección Segunda", C.P.: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Rad. 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11).

³ Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011).. Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. de Referencia: 05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10).

⁴ Tesis sostenidas en el Consejo de Estado, en sentencia de fecha Sentencia del 17 de mayo de 2007, Bertha Lucia Ramírez De Páez.. Rad. número: 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05), sentencia 26 de marzo de 2009, Rad. Número 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07),

En este orden de ideas, la remoción de esta clase de funcionarios sin los requisitos que la ley establece para el personal de Carrera, no viola las disposiciones legales que regulan dicha materia”⁵

Sin embargo la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010 M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, manifiesta lo siguiente:

“Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T- 1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005).”

2.1.4. La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa – Personas de Protección Reforzada.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional hizo un análisis sobre el tema de la estabilidad laboral de las personas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad en los siguientes términos:

“...La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional.

⁵ Sent. Sección Segunda” Subsección B”. M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Radicación número: 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07), de fecha 26 de marzo de 2009.

El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales..

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa".

Concluye la Sala, que si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa⁶, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. En la sentencia de

⁶ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

*"[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.*

*"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negritas originales).*

2.3. Del análisis probatorio y del caso concreto;

Del análisis individual y en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

- La demandante fue vinculada en provisionalidad al Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación mediante Resolución No. 01381 del 24 de mayo de 2001, tal como se aprecia a folio 71 del cuaderno anexo.
- Mediante el Decreto 0542 de 2008 el Municipio de Tunja, Asignó e Incorporo a la demandante a su planta de personal en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 18. (folio 87 cuaderno anexo)
- Que mediante, el Decreto No. 0190 del 17 de mayo de 2012, el Municipio de Tunja, declaro insubsistente el nombramiento de la hoy demandante, y nombró a la señora GLORIA EVELIA USSA ALVAREZ por efecto del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil (folio 133 a 134).

- Que mediante escrito del 15 de junio de 2012, la hoy demandante interpone recurso de reposición en subsidio de apelación en contra del acto administrativo que declara insubsistente su nombramiento, el cual fue rechazo por improcedente mediante la Resolución 0131 del 22 de junio de 2012 (folio 128 a 233).
- Que la hoy accionante interpuso acción de tutela en contra del Municipio de Tunja, frente a dicha desvinculación aduciendo ser una persona de condiciones especiales, correspondiéndola al Juzgado Primero Penal Municipal de Tunja, Despacho que mediante sentencia del 19 de septiembre de 2012 tuteló los derechos de igualdad, salud y vida en condiciones dignas de la hoy demandante y ordenó al Municipio de Tunja a *"en el evento de existir vacantes en la entidad que representan en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la señora RUBY ESPITIA VILLATE, ella sea nombrada en provisionalidad, hasta tanto el cargo se provea en propiedad, mediante el sistema de carrera. O si desvinculación cumpla con los requisitos exigidos legalmente y en la jurisprudencia constitucional.."* (folio 134 anexo).
- Mediante el Decreto 0359 del 01 de octubre de 2012 el Municipio de Tunja en cumplimiento del fallo de tutela antes mencionado, nombro en provisionalidad a la señora **RUBY ESPITIA VILLATE**, en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 18. (folio 156 a 157 anexo 1).
- Mediante el Decreto 0283 del 12 de agosto de 2013 el Municipio de Tunja, dio cumplimiento a fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal, y nombró en periodo de prueba a la señora LEYDI BERNAL MUÑOZ, en el cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 18, cargo que ejercía la hoy demandante, habida cuenta la señora BERNAL MUÑOZ, continuaba el orden de la lista de elegibles, declarando automáticamente insubsistente el nombramiento de la hoy demandante. (folio 181 a 182 anexo).
- Que la hoy accionante interpuso recurso de reposición en subsidio apelación en contra del decreto No. 0283 del 12 de agosto de 2013, recurso que fue resuelto mediante la Resolución N. 0462 del 11 de septiembre de 2013, declarándolo improcedente. (folio 190 a 192 anexo).
- Que la hoy accionante interpuso acción de tutela en contra del Municipio de Tunja, frente a dicha desvinculación aduciendo que el Municipio de Tunja al desvincularla de su cargo, la dejó en estado de indefensión por su estado de salud y que al ser una madre cabeza de familia le asiste un fuero que no fue respetado. Dicha acción de tutela fue decidida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento el 25 de noviembre de 2013, fallo que entro otras cosas ordenó: *"Ordenar al Dr. FERNANDO FLOREZ ESPINOSA representante legal del Municipio de Tunja y al Bro. VICTOR MANUEL LEGUIZAMON DIAZ, Secretario de Educación del Municipio de Tunja, que si aún no lo ha efectuado, en el termino de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, en el evento de existir vacantes en la entidad que representan nombrar en provisionalidad en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la señora RUBY ESPITIA VILLATE, hasta tanto el cargo se provea en propiedad, mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla con los requisitos..."* (folios 204 a 232 anexo).

- Mediante el Decreto 0416 de 2013 el Municipio de Tunja en cumplimiento del fallo de tutela antes mencionado, nombra en provisionalidad a la señora **RUBY ESPITIA VILLATE**, en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 18. (folio 234 a 235 anexo 1).
- Se verifica que a la fecha la demandante se encuentra vinculada al Municipio de Tunja prestando sus servicios en la Institución Educativa INEM, de conformidad con la Resolución No. 00769 del 02 de octubre de 2014 obrante a folio 193, y de las declaraciones de los testimonios recepcionados en audiencia celebrada el 23 de febrero de 2015 (cd folio 202).

De lo anterior, queda establecido que el cargo ocupado por la señora **RUBY ESPITIA VILLATE** es de carrera administrativa AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 18., y su nombramiento en este es de **carácter provisional**, atendiendo a los lineamientos del art. 25° de la Ley 909 de 2004, que consagra en su contexto la figura de la provisionalidad, para ocupar este tipo de cargos, mientras no se haya efectuado su provisión, mediante el respectivo proceso de selección o concurso de méritos.

Se infiere del material probatorio, que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la hoy demandante, **ocurrió con el fin de proveer el cargo con las personas que se encontraban en la lista de elegibles**, conformada en el proceso de selección adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, expedido mediante la Resolución No. 1056 del 30 de marzo de 2012 (folio 147). Situación que a criterio de este Despacho no trasgrede las disposiciones que regula la carrera administrativa, y la jurisprudencia del Consejo de Estado, habida cuenta ha dicho esa Corporación que *"El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, **al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.** (...)"*⁷

Téngase en cuenta que la figura de la provisionalidad, ha sido considerada por la jurisprudencia y la doctrina como el nombramiento hecho mientras se realiza la designación por el sistema de concurso de méritos, pues 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 desempeña, como lo pretende la parte demandante. Si bien es cierto, las circunstancias de salud y la condición de ser madre cabeza de familia de la demandante la sitúan en un grupo de especial protección, también lo es que la administración ha logrado mantenerla en el cargo hasta la fecha; que los periodos que ha estado desvinculada obedecieron al

⁷ Sentencia SU.917/10

deber legal que le asiste a la administración de respetar los derechos de carrera de quienes han superado las etapas para ingresar a la carrera administrativo, motivación apenas legal

De otro lado, respecto de la falta de motivación como causal de nulidad, alegado por el apoderado de la parte demandante, advierte el Despacho que no le asiste razón habida cuenta, los actos administrativos demandados, esto es el Decreto No. 0283 del 2 de agosto de 2013, y la Resolución 0462 del 11 de septiembre de 2013 mediante los cuales el Municipio de Tunja declaro insubsistente el nombramiento de la señora ESPITIA VILLATE, cuenta con una parte motiva, la cual es extensa y detallada, en la que se especifica la situación administrativa de la hoy demandante frente al cargo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 18, y las personas que en su turno se encontraban en lista de elegibles para el mismo cargo. Que entre otras es la motivación legal que tiene una entidad pública para desvincular a un empleado provisional para garantizarle los derechos a aquellas personas que adquieren derechos de carrera. Al respecto la Corte Constitucional dijo:

*"... Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "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 predicen directamente de quien es desvinculado"⁶³. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, **"para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"**.*

*En este orden de ideas, **sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"**.⁸ (negritas del Despacho).*

Así las cosas y acogiendo la Jurisprudencia reseñada el cargo de falta motivación esgrimido por el apoderado de la parte demandante no está llamado a prosperar.

2. CONCLUSION;

El nombramiento hecho a la demandante fue en **provisionalidad** Frente a esta circunstancia precisa el Despacho, que no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra nombrado en **propiedad** luego de superar las etapas propias de un concurso de meritos, pues esta modalidad de provisión **no genera por sí misma fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio por el sistema de méritos.**

Bajo el marco anterior, concluye este Despacho que la desvinculación de la demandante tuvo como fundamento los deberes **constitucionales y legales** que le asistía al Municipio

⁸ Sentencia SU.917/10

de Tunja, esto es, nombrar a las personas que estaban en la lista de elegibles; razón suficiente para proferir los actos administrativos hoy demandados por lo que considera este Despacho que se ajustaron a derecho.

De otro lado y respecto de las circunstancias especiales que invoca la demandante (madre cabeza de familia, problemas de salud), debe precisar el Despacho que el Municipio de Tunja ha respetado tales condiciones, al punto de mantenerla a la fecha vinculada; respetando las decisiones judiciales de tutela que la han amparado, y en los cuales se ha ordenado "*nombrar en provisionalidad en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la señora RUBY ESPITIA VILLATE, hasta tanto el cargo se provea en propiedad, mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla con los requisitos...*". (folios 134 y 204 cuaderno anexo). Razones por las cuales su protección se ha visto materializada en los nombramientos que se le han efectuado, sin que esto signifique que deba mantenerse perenne en el cargo, pues se reitera, su nombramiento es **en provisionalidad**.

Por lo anterior, considera este Despacho que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados, que para el caso concreto se traduce en que la desvinculación de la hoy demandante se motivo en la provisión del cargo de AUXILAIR ADMINISTRATIVO código 407 grado 18 por quienes ostentaron derechos de carrera, en consecuencia se negaran las pretensiones de la demanda y se declarara probada la excepción de Inexistencia del Derecho reclamada propuesta por la entidad demandada.

3. De las costas

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 188 de la ley 1437 de 2011 se condenara en costas a la parte demandante, las cuales se liquidaran por Secretaria, atendiendo lo previsto en el Art. 366 del C.G.P.

4. De las agencias en derecho;

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 366 del C.G.P. y los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 1887 de 2003, se fijaran como agencias en derecho el equivalente al tres (3%) de la cuantía de las pretensiones, es decir la suma de **cincuenta y cinco mil pesos (\$55.000.00)**; suma que deberá ser pagada por **la parte demandante**.

5. De la Notificación

Finalmente el Despacho ordenara que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificara por medio de estado en la

forma prevista en el artículo 295 del C.G.P., atendiendo el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de Consejo de Estado, M.P. Enrique Gil Botero, providencia del 25 de junio de 2014, donde unifica la jurisprudencia " *en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la jurisdicción contencioso administrativo, esa partir del 1º de enero de 2014*".

III.DECISION

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE;

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de Inexistencia del derecho reclamado propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO; Condenar en costas a la parte vencida (parte actora) liquidanse por secretaria, atendiendo lo previsto en el ART. 366 del C.G.P.

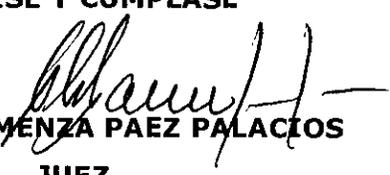
CUARTO; Fijar como agencias en derecho el equivalente al tres (3%) de la cuantía de las pretensiones, es decir la suma de **cincuenta y cinco mil pesos** (\$55.000.00); suma que deberá ser pagada por **la parte demandante**.

QUINTO; Si existe excedente de gastos procesales, por secretaria **devuélvase al interesado**.

SEXTO; En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas **las constancias respectivas**.

SEPTIMO; Notifíquese esta providencia en los términos del **artículo 203 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del C.G.P.** conforme lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


GLORIA CARMENZA PAEZ PALACIOS

JUEZ