

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA Nro.: 219

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Actor(a): CESAR AUGUSTO TABARES RAMÍREZ

Accionado: MUNICIPIO DE CHINCHINÁ

Radicado: 17-001-33-33-003-**2014-00568**-00

ASUNTO

En los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia, para lo cual se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

La parte actora actuando mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó al **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** solicitando lo siguiente (fl 3 vto):

- 1. Declarar nula las Resoluciones numero 038 del día 22 de abril del año 2014, expedida por el municipio e Chinchiná, mediante la cual se declaró desierta la licitación pública en la página www.contratos.gov.co el día 23 de abril de 2014 y la Resolución número de 2014 por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición presentado por mi poderdante.*
- 2. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al municipio de Chinchiná, a cancelar:*

PERJUICIOS MATERIALES.

DAÑO EMERGENTE

el demandado pagaran a favor del convocante o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por los gastos en los que necesariamente tuvo que incurrir, en aras de lograr materializar sus derechos los cuales ascienden a la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 4.000.000)

LUCRO CESANTE

*La demandada pagará al señor CESAR AUGUSTO TABARES RAMÍREZ como lucro cesante, la suma de \$ 100.000.000 que corresponde al dinero dejado de percibir por no habersele permitido la ejecución del contrato, como a continuación se describe:
Los valores solicitados se pagaran a los convocantes.*

- 3.** *Que se condene a perjuicios morales a favor de mi poderdante en cuantía de 100 SMLMV por el sufrimiento que ha tenido ni poderdante desde la época en que el municipio de una manera inadecuada le vulneró sus derechos (...)*

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

El 3 de marzo de 2014, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** publicó en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) el proceso licitatorio No. 004 de 2014 con el objeto de contratar el mantenimiento y conservación de las vías El Trébol – Buenavista en esa localidad. Luego de publicado el acto administrativo que ordena la apertura del proceso de contratación, el 17 de marzo de 2014 se realiza audiencia de aclaración de los pliegos sin que se recibieran observaciones de los oferentes.

El 21 de marzo de 2014, se publica la adenda No 1 modificando algunos puntos del pliego de condiciones. Dentro del plazo establecido el accionante presentó su propuesta. El 02 de abril de 2014, se realiza el acta de cierre del proceso licitatorio y apertura del sobre 1 donde figuran como proponentes el señor **TABARES RAMÍREZ** y la sociedad Electro Montajes Limitada. El 04 de abril se publica acta de estudio jurídico y el 07 de abril el accionante presenta las observaciones frente a este estudio.

El 08 de abril de 2014 se dio apertura al sobre No. 2 en el cual el señor **TABARES RAMÍREZ** presentó observaciones relacionadas con el incumplimiento de algunos requisitos por parte del otro oferente. El 10 de abril de 2014, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** informa que la sociedad Electro Montajes Limitada ha sido descalificada. El 11 de abril del mismo año, se realiza la audiencia de revisión técnica y económica de la propuesta rechazando la presentada por el accionante porque presuntamente no se dio cumplimiento a la forma en como debía señalarse el cálculo correspondiente al A.I.U. (Administración Imprevistos y Utilidades).

Con resolución No. 037 de 2014, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** modificó el cronograma del proceso licitatorio por fuera del término legal. Por medio de la Resolución No. 038 del 22 de abril de 2014 se declara desierto el proceso licitatorio 004 señalando como causal la imposibilidad de escoger de manera objetiva al contratista. Con resolución No. 052 del 13 de mayo de 2014, se resuelve un recurso de reposición sin que se variara la decisión inicial.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Para la parte accionante la decisión de declarar desierto el proceso licitatorio es infundada porque el requisito de discriminar los costos administrativos no es habilitante de acuerdo a las instrucciones de la Agencia Nacional de Contratación

Pública. De igual manera, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite subsanar los requisitos habilitantes de las propuestas presentadas siempre y cuando los mismos no otorguen puntaje.

El principio de selección objetiva no fue el fundamento para declarar desierta la licitación, pues el criterio utilizado por la administración municipal es subjetivo al incluir una causal de rechazo que no estaba contemplada en el pliego de condiciones. Los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación porque la falta de claridad del pliego de condiciones era subsanable y porque ese mismo pliego había sido utilizado en licitaciones anteriores con iguales elementos fácticos y jurídicos.

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, señala que solo las falencias que impidan la causal de selección objetiva son suficientes para descalificar una propuesta y las mismas deben estar descritas en los puntos del pliego de condiciones que generan puntaje.

II. TRÁMITE PROCESAL

Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial (fls 798 a 809 C.1.A), allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron pruebas. Luego se realizó la audiencia de pruebas (fls 851 a 854); luego de efectuarse el recaudo probatorio, en los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA, con auto del 05 de agosto de 2019 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido este término, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia.

III. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Conforme al contenido del Auto del 04 de mayo de 2016¹, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** intervino extemporáneamente y, por tanto, la demanda se tuvo por no contestada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE (fls 856 a 859 C.1.B1): Considera que está demostrado que su propuesta cumplía con los requisitos anotados en el pliego de condiciones y aún en el supuesto de que se exigiera una modificación en el A.I.U, este es un requisito subsanable conforme lo indica el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. No existía una imposibilidad de realizar la escogencia de la oferta de manera objetiva porque el único oferente era el señor **TABARES RAMÍREZ** sin que fuera necesario realizar un comparativo de las propuestas.

Como la propuesta del accionante se encontraba habilitada, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** debía realizar la revocatoria directa del acto administrativo de apertura del proceso licitatorio, trámite que no se efectuó en el caso y, por tanto, los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos. Reitera los fundamentos de derecho expuestos en la demanda y realiza un recuento sobre

¹ FI 788 C. 1.A

los hechos que se encuentran demostrados en este proceso. Finaliza su intervención solicitando se accedan a las pretensiones de la demanda.

PARTE DEMANDADA (fls 860 a 862 C.1.B): Después de resumir los antecedentes del proceso y citar el problema jurídico planteado en Audiencia Inicial, manifiesta que la controversia versa frente un acto jurídico prenegocial, como lo ha denominado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para el reconocimiento y pago de los perjuicios pretendidos deben ser acreditadas varias circunstancias relacionadas con el pliego de condiciones.

El señor **TABARES RAMÍREZ** no cumplió con la discriminación exigida en relación con el A.I.U según el texto del pliego de condiciones; por lo tanto, su oferta no reunía todas las exigencias allí descritas y no se puede establecer con certeza que su propuesta habría salido avante.

La situación detectada por la administración municipal es la misma que debe tomarse en cuenta para decidir este proceso judicial porque no era posible establecer el porcentaje de las utilidades que pretendía obtener con la ejecución del contrato. Tampoco se aportaron pruebas que acrediten la existencia de los perjuicios morales solicitados.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No intervino en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

I. PROBLEMA Y ANÁLISIS JURÍDICO:

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial, la controversia se centra en establecer:

Bajo el marco del litigio propuesto en el petitum, corresponde a esta instancia establecer si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por medio de los cuales se declaró desierto el proceso licitatorio 003 y 004, cuyo objeto era "el mejoramiento, mantenimiento y conservación de las vías el trébol – Buenavista en el municipio de Chinchiná, Departamento de Caldas", esto es las Resoluciones N° 038 del 22 de abril de 2014 y la Resolución 052 del mismo año, confirmatoria de la anterior o si por el contrario, la administración Municipal de Chinchiná obró conforme a los parámetros de Ley.(fl 801 C.1.A)

TESIS DEL DESPACHO

Los actos administrativos expedidos por el MUNICIPIO DE CHINCHINÁ se ajustan al marco normativo aplicable porque la declaratoria de desierto de la Licitación No. 004 de 2014, se basó en una causal, que además de estar incluida en el pliego de condiciones, afectaba de manera concreta el principio de selección objetiva de la mejor oferta conforme a los criterios de escogencia allí contenidos. Adicionalmente, debe resaltarse que el presente litigio se trata de un asunto en el que no se ha consolidado derecho contractual alguno, pues el actor solo

contaba con meras expectativas de ser elegido como contratista, motivo por el cual se le atribuye la responsabilidad de demostrar no solo el vicio del acto administrativo cuya nulidad pretende, sino que cumplió a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos para ser adjudicatario de un contrato; circunstancias que no se encuentran demostradas en el presente proceso como pasará a verse.

En otras palabras, dentro del proceso no se logró acreditar que el contrato objeto del presente litigio se le fuera a asignar indefectiblemente al demandante.

Previo a resolver el problema planteado, debe en primer lugar abordarse el análisis del marco normativo y jurisprudencial para declarar desierta la licitación pública.

Lo anterior, sin descartar que en el desarrollo del problema jurídico principal se aborden otros aspectos que se encuentren relacionados con el mismo.

II. MATERIAL PROBATORIO

Obra en el expediente las siguientes pruebas:

- ✓ Acta y constancia de la diligencia de conciliación prejudicial realizada para este proceso (fls. 6 y 7 C.1).
- ✓ Publicación de la Licitación No. 004 en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP (fls. 7 y 8 C.1).
- ✓ Estudios previos correspondientes a la Licitación Pública No. 004 de 2014 (fls. 9 a 16 C.1).
- ✓ Resolución No. 022 del 11 de marzo de 2014 Por la cual se ordena la apertura de un concurso de méritos (fls. 17 y 18 C.1).
- ✓ Resolución de Aclaración No. 026 del 13 de marzo de 2014 (fls. 19 C.1).
- ✓ Acta de Audiencia para la revisión de Asignación de Riesgos y para la aclaración de pliegos (fl. 20 C.1).
- ✓ Adenda modificatoria No. 1 (fl. 21 C.1).
- ✓ Acta de cierre del proceso de licitación pública (fl. 22 C.1).
- ✓ Acta de estudio jurídico y verificación de requisitos habitantes (fls. 23 a 29 C.1).
- ✓ Oficio del 10 de abril de 2014 respuesta a observaciones elevadas por el señor **TABARES RAMÍREZ** (fl. 30 C.1).
- ✓ Propuesta de licitación pública de Electro Montaje Limitada (fls. 31 vto a 42 C.1).
- ✓ Acta de Audiencia de Apertura del sobre No. 2 (fls 42 C.1).
- ✓ Acta de Audiencia de Revisión Técnica y Económica de Propuesta (fls. 43 a 43 C.1).
- ✓ Resolución No. 038 del 22 de abril de 2014, por la cual se declara desierta una licitación pública (fls. 46 a 47 C.1).
- ✓ Resolución No. 052 del 13 de mayo de 2014, Por la cual se resuelve un recurso de reposición (fls. 48 a 51).
- ✓ Pliego de condiciones definitivo Licitación Pública LP 004 (fls 52 a 108 C.1).
- ✓ Antecedentes administrativos C.2.

- ✓ Oficio del 8 de septiembre de 2016 procedente del **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** que responde a información solicitada de oficio por este Juzgado (fls. 1 a 389 C.3).

III. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL PARA DECLARAR DESIERTA LA LICITACIÓN PÚBLICA

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, se otorgó autonomía a las entidades estatales para definir los requisitos que deben acreditar los proponentes que participan en la selección a través de licitación pública, así como las reglas de adjudicación del contrato. Sin embargo, esta libertad de diseño del pliego de condiciones debe corresponder al marco normativo que contienen las reglas y principios de la contratación estatal.

Jurisprudencialmente y con ocasión de la Ley 80 de 1993, se ha señalado que existen unos límites que la Administración debe observar en todo procedimiento de contratación en virtud a los principios de transparencia, economía, interpretación de las reglas contractuales bajo los mandatos de la buena fe y la equidad y selección objetiva².

El Consejo de Estado ha establecido con respecto a la naturaleza del pliego de condiciones que este: (...) *contiene un acto reglado y reglamentario del procedimiento de contratación estatal, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento, como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, a la vez que define las reglas del contrato respectivo*³.

Con base en esta definición, para analizar la legalidad del acto que declara desierta una licitación, debe tenerse en cuenta que el pliego de condiciones es la ley del procedimiento de contratación; en el caso, se partirá del contenido del pliego definitivo que corresponde a la Licitación Pública No. 004 de 2014.

Igualmente, se ha indicado que, si pretende cuestionarse una regla del pliego de condiciones, debe probarse la ilegalidad de la misma ya sea por violación de alguno de los principios antes mencionados o por la aplicación de una regla que se advierta ineficaz, en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En aplicación a las disposiciones y principios que rigen esta etapa de la actividad precontractual, la causal en la cual se apoya la declaratoria de desierta una licitación pública debe estar prevista en el pliego de condiciones y su fundamento sólo debe estar representado en los factores de escogencia objetivos. La declaratoria de desierta de la licitación pública debe basarse en el supuesto de que ninguna de las propuestas cumplen con los criterios de favorabilidad objetivamente señalados en el pliego de condiciones, estos criterios deben estar establecidos mediante la ponderación precisa de varios factores identificados en la ley sin que pueda limitarse a solo uno de ellos como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

² Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón sentencia del 01 de octubre de 2014, Exp 34778.

³ Ibídem

De esta misma Ley también se desprende que los criterios para declarar desierta la licitación en el pliego de condiciones deben ser aquellos requeridos para la comparación de las propuestas. Esta condición excluye a aquellos requisitos que no otorgan puntaje y que según la Ley 1150 de 2007 son definidos como habilitantes; esto porque la finalidad del pliego de condiciones es la adjudicación del contrato, la excepción es que deba darse aplicación a las causales para declarar desierta la licitación pública.

Los criterios establecidos en el pliego deben estar orientados a una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la convocatoria como lo señala el numeral 5, literal b del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En este mismo artículo también se dispone que las reglas de adjudicación deben ser posibles de cumplir, no inducir a error de los proponentes proscribiendo las reglas que dependan de la exclusiva voluntad de la entidad contratante.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado específicamente que si la declaratoria de desierta del proceso de selección se basa en la imposibilidad de escoger objetivamente la mejor propuesta, la Administración (...) *deberá observar los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior), los principios de la Ley 80 de 1993, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y específicamente los del derecho administrativo*⁴.

La Sección Tercera del Alto Tribunal, aclaró también que la Administración (...) *no está facultada para declarar desierta una selección contractual con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ella en la planeación del procedimiento de selección del contratista. Por el contrario, "[l]a regla de la adjudicación compulsoria, obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable"*.⁵

Aun así, también se ha abordado aquellas hipótesis en las cuales es posible que el pliego de condiciones contenga vacíos, lagunas o contradicciones. Para solucionarlas la jurisprudencia ha reconocido que la Administración tiene la facultad de interpretar este acto jurídico prenegocial con sujeción a las reglas y principios generales sobre la materia. Para ello el intérprete debe garantizar la igualdad de los oferentes y por tanto, las cláusulas que vulneren este principio deben ser depuradas. Se ha explicado frente a la interpretación del pliego de condiciones: (...) *que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público*.⁶

Bajo este marco normativo y jurisprudencial a continuación se abordará el caso concreto.

⁴ Sección Tercera C.P Ramiro Pazos Guerrero, Sentencia del 31 de agosto de 2017 Exp 25740.

⁵ Sección Tercera, C.P Hernán Andrade Rincón sentencia del 01 de octubre de 2014, Exp 34778.

⁶ Sección Tercera. CP Enrique Gil Botero, sentencia del 24 de julio de 2013. Exp 25642.

IV. CASO CONCRETO

Para la parte accionante, los actos administrativos deben ser declarados nulos porque no es cierto que la declaratoria de desierta estuviera basada en causales que impidieran la escogencia objetiva del oferente. Desde su punto de vista, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** se apartó del texto del pliego de condiciones utilizando un criterio habilitante que no asigna puntaje para descalificar la propuesta de la parte actora, contraviniendo el marco normativo aplicable.

Por su parte, para el ente territorial accionado el demandante no cumplió con uno de los requisitos exigidos por el pliego de condiciones y tampoco puede establecerse con certeza si su propuesta habría sido finalmente favorecida con la adjudicación del contrato.

Para resolver el litigio es pertinente citar el aparte del pliego de condiciones que refiere al requisito de las propuestas, para así ilustrar el objeto de debate. Sobre estos aspectos la Licitación Pública No. 004 de 2014, señaló:

2.31 AIU

El proponente deberá calcular un AIU, que contenga todos los costos de administración en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la obra, los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo.

El valor del AIU deberá ser expresado únicamente en porcentaje (%) y no en pesos y deberá consignarlo y discriminarlo en la propuesta económica administración (a), imprevistos (i) y utilidad (u).

El valor del AIU que presenten los proponentes no debe ser menor al 90% o mayor al 110% del valor oficial del Porcentaje de AIU, establecido en el ANEXO 2 "Presupuesto Oficial", SO PENA DE RECHAZO DE LA PROPUESTA.

Los componentes internos de la Administración, deben ser presentados por el Adjudicatario de la presente Licitación Pública, una vez le corresponda radicar la documentación técnica referida en el Capítulo 7 de estos Pliegos de Condiciones.

CAPÍTULO IV CRITERIOS DE COMPARABILIDAD Y CALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS (...)

4.3 Propuesta Económica (...)

Apertura del Sobre No 2 y revisión de la propuesta económica (...)

Los sobres No.2 de las propuestas que obtuvieron evaluación HÁBIL en todos los criterios habilitantes, serán abiertos y el MUNICIPIO DE CHINCHINÁ CALDAS verificará que la propuesta económica cumpla lo siguiente:

(...)

- *El valor del A.I.U. que presenten los proponentes no debe ser menor al 90% o mayor al 110% del valor Oficial del Porcentaje de A.I.U, establecido en el ANEXO 2 "PRESUPUESTO OFICIAL".(...)*
- *Se revisan los costos asociados a la administración y se hacen las correcciones del caso, si se verifica que el proponente no incluye la totalidad de los mismos, o si califica como costos indirectos aquellos que tienen la connotación de directo. (...)*

CAPÍTULO V ORDEN DE ELEGIBILIDAD Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

5.3 RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

(...)

20) No discriminar en la oferta económica el porcentaje del A.I.U en la forma como lo establece el pliego de condiciones. (...)

5.4 CAUSALES PARA LA DECLARATORIA DE DESIERTA (...)

- *Cuando existan causas o motivos que impidan la escogencia objetiva del oferente.
(...) (Negritas por fuera del texto original)*

La Resolución 038 del 22 de abril de 2014, uno de los actos administrativos demandados, luego de citar, entre otros, estos apartes de la Licitación Pública No. 004 de 2014, afirma que el MUNICIPIO DE CHINCHINÁ (...) *se encuentra en un dilema derivado de un contrasentido existente en el pliego de condiciones*⁷. Esto porque de un lado, se exige al proponente la presentación de unos costos administrativos, mientras que otra de las cláusulas exige el detalle de dichos costos no al proponente sino al adjudicatario final. Destaca que esta contradicción normativa no es superable a través de los criterios de interpretación del Pliego de Condiciones, porque se trata de (...) *requisitos para el rechazo o habilitación de las propuestas, el problema jurídico que se presenta afecta la objetividad del proceso de selección*.⁸

Es claro entonces que el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** detectó una contradicción en el pliego de condiciones y consideró que, por ello, no era posible acudir a su interpretación para superar el conflicto normativo. Igualmente, se destaca que, en el Acta de Audiencia de Revisión Técnica, se justificó exigir a los proponentes el valor de todos los costos directos e indirectos, de la siguiente manera: (...) *la administración ha considerado de trascendental importancia conocer la forma como cada proponente visualiza la distribución de los mismos.* (fl. 263 vto C.3).

De conformidad con lo anterior, es importante detenerse en el concepto de costos indirectos para determinar si las justificaciones del ente territorial en verdad constituyen una posición razonable. Para el efecto vale indicar que la legislación contractual no se ha ocupado de definir lo que debe entenderse por Administración Imprevistos y Utilidad (A.I.U), no obstante la doctrina y la jurisprudencia ha conceptualizado de manera específica que el primero de estos componentes (...) *comprende los costos indirectos, puesto que los costos*

⁷ Fl 274 vto C.3

⁸ Fl 275 C.3

*directos debieron haber sido incorporados en el análisis de precios unitarios (APU).*⁹ En esa misma oportunidad, el Consejo de Estado indicó que el A.I.U. en virtud de la autonomía y voluntad de las partes, puede ser pactado de forma discriminada e independiente de los precios unitarios para ser adicionado a la obra, no obstante que no es un requisito de existencia y validez del contrato de obra.

Basta lo anterior para concluir que el hecho de que se exija una discriminación de los componentes del A.I.U, en este caso de los costos indirectos que corresponden al concepto de Administración, no resulta irrazonable ni desproporcionado y, por el contrario, se deja a la autonomía de las partes que se establezca dicha exigencia o no.

Partiendo de la razonabilidad de este requisito del pliego de condiciones, el Despacho concluye que efectivamente el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** se encontró ante una contradicción normativa que no tenía como solución depurar o inaplicar el contenido del artículo 4.3 del pliego y permitir que en la etapa de una posible adjudicación el proponente presentara el detalle de los costos indirectos, como lo estableció el artículo 2.31.

Eso si, el contratante interpretó el artículo 4.3 del pliego y consideró que era de suma importancia establecer en detalle estos costos, porque dicha discriminación le permitía verificar la manera en que, ante una eventual adjudicación, se distribuirían estos recursos que provienen del erario. Se considera entonces que al establecer esta medida, la administración municipal estaba velando por el interés general y público debido a que se anticipa a la manera en que pueden resolverse posibles discusiones relacionadas con el equilibrio contractual e indemnizaciones, así como facilitar la verificación de la propuesta.

En los contratos de obra es frecuente que los costos indirectos se formulen como un porcentaje, pero no existen normas legales que impidan que la administración exija una estimación en detalle como la que efectuó el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ**. Para el caso, la entidad licitante acertadamente consideró que esta circunstancia afectaba la selección objetiva del contratista, porque la discriminación de estos costos en las propuestas que se presentaran en la licitación, es un factor que podía incidir en la favorabilidad de las mismas, en la medida en que haría una revisión para verificar y corregir que se incluyeran la totalidad de los mismos o si había calificado como costos indirectos aquellos que realmente tuvieran una connotación de costos directos, situaciones que perfectamente pueden incidir en la etapa de ejecución contractual.

En este punto es oportuno indicar que la favorabilidad de una propuesta no solo hace referencia a que la administración adjudique el contrato de manera imparcial, sin afectos o intereses, también se trata de que la propuesta reúna los factores de favorabilidad que la administración ha consignado en el pliego de condiciones.

⁹ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 05 de septiembre de 2018, C.P Edgar González López, Radicado 2386.

Para elegir la propuesta más favorable efectivamente es indispensable que existan reglas claras, objetivas y completas previamente conocidas por los proponentes, características que indudablemente se relacionan también con el principio de transparencia aplicable en materia de contratación pública, el cual garantiza que la administración actuara de manera imparcial y objetiva sujetándose a las reglas previamente establecidas.

Siguiendo estos principios, el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** decidió declarar desierta la Licitación No. 004 de 2014. Si hubiera inaplicado el contenido del artículo 4.3 del pliego de condiciones, se vería afectado el principio de selección objetiva porque la propuesta del señor **TABARES RAMÍREZ** no especificó en los valores ordenados por el pliego, el ítem correspondiente a la Administración o costos indirectos, de manera tal que hasta esa etapa del proceso contractual no tenía como verificar la distribución de los mismos y su clasificación.

De otro lado, esta solución también vulneraría el principio de transparencia porque el pliego de condiciones al momento de la publicación de su proyecto y del documento definitivo si contenía esta exigencia, así que quienes conocieron de manera inicial del texto de la licitación, como por ejemplo el otro ofertante, se sometieron a esa regla.

Tampoco puede afirmarse, como lo entiende la parte actora, que la exigencia contemplada en el numeral 4.3 del pliego de condiciones sea un requisito habilitante, esto, porque es claro que la discriminación por valores para los costos indirectos fue incluida por el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** como un requisito de la propuesta económica, no de los proponentes, tal y como si sucede con los requisitos habilitantes; además, el mismo texto indica que sólo con quienes cumplieran todos los criterios habilitantes se procedería a la apertura del sobre No. 2. Esta circunstancia descarta de plano los argumentos del accionante encaminados a cuestionar la declaratoria de desierta, debido a que su propuesta no cumplía con uno de los criterios de selección catalogados como habilitantes.

Es oportuno agregar que, conforme a la demanda y el problema jurídico planteado, la legalidad del artículo 4.3 del pliego de condiciones no ha sido objeto de cuestionamiento alguno por parte del accionante. Su demanda se encaminó a obtener la nulidad de los actos administrativos con los cuales se declaró desierta la licitación, pero no buscó atacar la inclusión de la exigencia que buscaba que los proponentes presentaran en detalle el valor que corresponde a los costos indirectos y que sancionaba la no presentación de este requisito, con el rechazo de la propuesta.

Ahora, si bien la propuesta del accionante fue rechazada al momento de dar apertura al sobre No 2, finalmente la causal que invocó la administración para declarar desierta la licitación no se basó en que ninguna de las ofertas resultara habilitada para el proceso de selección, sino en que el texto del pliego de condiciones contenía una contradicción normativa que afectaba la selección objetiva del mejor oferente y que no fue posible superar sin afectar la finalidad con la que se incluyó el texto del artículo 4.3 del Pliego.

Por lo brevemente expuesto se concluye que las Resoluciones 038 del 22 de abril de 2014 y 052 del 13 de mayo de 2014, se ajustan a derecho y no se encuentra causal de nulidad alguna en su contenido. En consecuencia, se procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

V. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se fija como agencias en derecho a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada la suma¹⁰ de UN MILLÓN CUARENTA MIL PESOS (\$ 1.040.000) MCTE.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por **CESAR AUGUSTO TABARES RAMÍREZ** en contra del **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS y agencias en derecho conforme a la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del CPACA.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JUAN PABLO RODRÍGUEZ CRUZ
JUEZ

Plcr/P.U

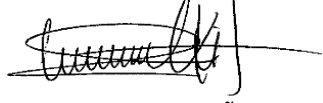
¹⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, artículo 5, numeral 1.

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO – SISTEMA MIXTO -
MANIZALES – CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO – ORALIDAD

La providencia anterior se notifica en el Estado

No. 55 del 01 de octubre de 2020



CAROL XIMENA CASTAÑO DUQUE
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA No.: 220
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BRAYAN RINCÓN LÓPEZ
Accionado: DEPARTAMENTO DE CALDAS
Radicado: 17-001-33-39-007-**2016-00109**-00

ASUNTO

En los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia, para lo cual se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

La parte actora, actuando mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** solicitando lo siguiente (fl 2 Cdno ppal):

- 1. Que es nula la resolución número 9020-6 de fecha 30 de septiembre de 2015 expedida por el gobernador del departamento de Caldas.*
- 2. Que se condene al Departamento de Caldas, a título de restablecimiento del derecho a reintegrar al señor Brayam Rincón López al cargo de Docente.*
- 3. Que se le paguen los salarios dejados de percibir desde el día 1 de octubre de 2015 hasta la fecha en que ocurra el reintegro.*
- 4. Que se condene igualmente al Departamento de Caldas, al pago de las costas del proceso conforme a lo estipulado en el artículo 188 del CPACA.*

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

El señor **BRAYAM RINCÓN LÓPEZ** fue nombrado como docente en provisionalidad por el Departamento de Caldas según Resolución No 0057-6 del 07 de enero de 2014. No obstante, con Resolución 9020-6 del 30 de septiembre de 2015 se dio por terminado el nombramiento realizado al demandante.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Citó el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 para argumentar que el acto administrativo demandado no está motivado o tiene una falsa motivación; los argumentos allí expuestos no son contundentes para fundamentar su expedición.

Acude a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional para explicar que la Resolución No 9020-6 de 2015, no cumple con los parámetros trazados por las Altas Cortes en cuanto a la terminación de nombramientos en provisionalidad. Este acto administrativo no obedeció ni a la provisión definitiva del cargo, ni a la imposición de una sanción disciplinaria, ni a una calificación no satisfactoria.

II. TRAMITE PROCESAL

Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el día 11 de septiembre de 2018 (fls 46 a 50 C.1), allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó el 22 de octubre de 2019 (fls 57 a 59 C.1), luego de efectuarse el recaudo probatorio, en los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

III. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** se opone a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos de la demanda acepta los mismos aclarando que la terminación del vínculo laboral se debió a las quejas recibidas en contra del accionante frente a su conducta y su desempeño laboral; se inició un proceso disciplinario en el colegio donde laboraba y se resolvió solicitar a la Secretaría de Educación el cambio del docente.

Como fundamentos de su defensa describe las presuntas quejas que motivaron la decisión del ente territorial, entre ellas la presentación personal del accionante al momento de ejercer sus funciones como docente y las dificultades en las relaciones de éste con los estudiantes, padres de familia y el personal de la Institución donde laboraba. Argumenta que el señor **RINCÓN LÓPEZ** no estaba cumpliendo con sus labores como docente conforme al Decreto 1278 de 2002.

Como medios exceptivos propone los siguientes:

i) Inexistencia de obligación con fundamento en la Ley. Afirma que el acto administrativo cuestionado sí se encuentra debidamente fundamentado, esto se puede observar tanto en su texto como en el material probatorio aportado con la demanda; resalta que el accionante no está amparado por ninguna causal de especial protección.

ii) Debida motivación del acto administrativo que declara la terminación del nombramiento en provisionalidad. La Resolución N° 9020-6 del 30 de septiembre de 2015, incluye todos los fundamentos fácticos y de derecho que motivaron la

decisión, entre los que se incluye varios documentos que fueron aportados con la contestación a la demanda.

iii) Legalidad del acto administrativo demandado. El acto administrativo es legal porque no se vulneraron los derechos fundamentales del actor ni se incurrió en una vía de hecho que vulnere el debido proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE Conforme a la constancia secretarial del 13 de enero de 2020, se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

PARTE DEMANDADA. (fls 60 a 62 C.1) Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y afirma que con base en lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador puede darlo por terminado mediante Resolución motivada.

El docente no cumplía con sus funciones como lo acredita el plan de mejoramiento aportado al expediente; además, debe tomarse en cuenta que prima el derecho a la educación de los menores.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No intervino dentro de esta etapa procesal.

C O N S I D E R A C I O N E S

EXCEPCIONES

En la Audiencia Inicial se estableció que todas las excepciones propuestas por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** tienen relación con el fondo del asunto por lo que su estudio será abordado a continuación.

I. PROBLEMA Y ANÁLISIS JURÍDICO

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial, la controversia se centra en establecer:

¿Se debe decretar la nulidad o no de la Resolución n° 9020-6 del 30 de septiembre de 2015, por medio del cual el Gobernador del Departamento de Caldas retiró del servicio al señor BRAYAN RINCÓN LÓPEZ?

Lo anterior, sin descartar que en el desarrollo del problema jurídico principal se aborden otros aspectos que se encuentren relacionados.

TESIS DEL DESPACHO

Conforme a las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia que rige la materia, para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad debe expedirse un acto administrativo que motive las razones por las cuales se retira del servicio

al docente a pesar de que la situación administrativa que presenta el titular del cargo aún genere la vacancia temporal del mismo. En el caso, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no sólo expidió un acto administrativo que da cuenta de la justificación del retiro, también aportó las pruebas que sustentan dichos argumentos por lo que la decisión se encuentra ajustada a derecho.

En criterio del Juzgado, en el trámite judicial no se logró acreditar los supuestos vicios de legalidad de los que adolece el acto administrativo demandado; sin bien es cierto, los servidores públicos que ostentan una vinculación en provisionalidad, gozan de una relativa estabilidad, no lo es menos que en el marco de sus actividades deben honrar y materializar los principios de la función administrativa y propender por la buena y adecuada prestación del servicio.

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente se deducen que la desvinculación se dio como consecuencia de acciones y omisiones que dificultaron la buena prestación del servicio; motivo por el cual, la entidad territorial tuvo que tomar decisiones para procurar su mejoramiento su mejoramiento.

Adicionalmente, la completa inactividad probatoria de la parte actora impide que se pueda poner siquiera en duda la legalidad del acto administrativo demandado.

Previo a resolver el problema jurídico planteado se debe, en primer lugar, abordar estos temas: i) Provisionalidad en el régimen de los docentes.

II. PROVISIONALIDAD EN EL RÉGIMEN APLICABLE A LOS DOCENTES. Temporalidad y transitoriedad en dicho nombramiento. Terminación.

En la Carta Política de 1991, en su artículo 125, los empleos en los órganos y entidades del estado son: i) de carrera, ii) de elección popular, iii) de libre nombramiento y remoción, iv) los trabajadores oficiales y v) los demás que determine la Ley. Por regla general, los empleos públicos son de carrera y a ellos se accede a través del concurso público de méritos.

La Ley 115 de 1994 desarrolló la anterior disposición en lo que concierne al sector docente, estableciendo que los nombramientos, además de efectuarse por decreto dentro de la planta de personal de la respectiva entidad territorial, solo podrán ser realizados a quienes hayan sido seleccionados previo concurso.

El Decreto 1278 de 2002, Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente vigente desde el 19 de julio de 2002 y que cobija a todas las personas que ingresan al servicio educativo desde esa fecha, es aplicable al demandante como quiera que su ingreso al servicio público educativo se realizó mediante Resolución No 00576 del 07 de enero de 2014 (fl 11C .1). Esta norma en sus artículos 7, 8 y 11, establece que la designación en caso de vacantes deberá realizarse con quien ocupe el primer lugar en la lista de elegibles, utilizando el sistema de concurso.

La misma norma dispuso la posibilidad de realizar provisión de empleos de forma temporal o transitoria mediante la designación en provisionalidad y en

encargo. Sobre el primer tipo de designación el artículo 13 del Decreto 1278 de 2002, describe:

ARTÍCULO 13. NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguientes casos:

a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;

b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

PARÁGRAFO. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Para ser vinculados en propiedad, y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

Conforme a esta disposición, son dos las eventualidades en que puede realizarse una designación en provisionalidad para los docentes:

1. Cuando la vacante existe porque quien esta nombrado como titular del cargo docente se encuentra en una situación administrativa que implica separación temporal del servicio. Esta situación puede presentarse porque el docente titular del cargo se encuentra en comisión de estudios, en comisión de estudios no remunerada, en comisión para ocupar cargo de libre nombramiento o remoción, en licencia, en uso de permiso, en vacaciones, suspendido por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar; todas estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 50 literal b del mismo Decreto.

En este supuesto, la duración de la provisionalidad viene dada por la temporalidad de la situación administrativa en que se encuentre el titular del cargo.

2. Cuando exista vacante definitiva en el cargo, caso en el cual el nombramiento en provisionalidad será hasta cuando se provea el cargo en periodo de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

No obstante se recuerda que en aplicación a lo dispuesto por la Carta Política, el nombramiento en provisionalidad es concebido como un mecanismo

excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio evitando la paralización de las funciones públicas. Sólo procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa. Dentro de la regulación normativa de la función pública, esta forma de provisión de empleos, ha estado marcada siempre por la característica de la transitoriedad y la precariedad porque quien es designado en provisionalidad no goza de los mismos beneficios de estabilidad laboral que se generan a favor de quienes acceden a un cargo por el sistema de mérito o concurso.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que el nombrado en provisionalidad no puede ser asimilado al empleado nombrado por el sistema de carrera administrativa, pero si goza de una estabilidad intermedia porque el acto de retiro debe ser motivado aclarando que esa estabilidad no deviene de la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política. Al respecto, en sentencia C-733 del 2005, señaló:

“(...)Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad; (iv) más sin embargo, por tratarse de una situación administrativa excepcional debe prolongarse por el tiempo necesario para que, de acuerdo con ese régimen de carrera, éste sea desempeñado por una persona que se ha sometido a todo el proceso de selección previo al ingreso o por un funcionario de libre nombramiento y remoción, si el cargo es de esa naturaleza (...).”.

Para dar por terminada la vinculación del nombrado en provisionalidad y disponer su retiro del servicio, deben expresarse los motivos de la insubsistencia y éstos deben ser objetivos, concretos y justificables por la Administración. El Decreto 1278 de 2002, no regula la terminación de la provisionalidad, pero de ello no puede entenderse que la única causa de retiro del servicio para el docente nombrado en provisionalidad sea la designación del titular por concurso de mérito o la terminación de la situación administrativa del titular del cargo. La designación del provisional puede ser terminada aun antes, con la condición de que se motive la determinación bajo razones claras, serias y atendibles de acuerdo con la estabilidad intermedia que explica la Corte Constitucional. Lo contrario sería otorgar fuero de permanencia a servidores públicos que no pertenecen al sistema de carrera y con ello se modificaría la naturaleza excepcional con la cual se creó esta forma de provisión de vacantes.

El Consejo de Estado¹ ha explicado también que frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad son aplicables la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, normas que son supletorias en los sistemas específicos de carrera cuando existen vacíos normativos. Incluso, se ha planteado como tesis, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la competencia para el retiro o insubsistencia de los empleados provisionales es reglada exigiendo un acto administrativo motivado².

Sobre el contenido de la motivación del acto administrativo de retiro del servicio, la Corte Constitucional ha definido que ésta debe expresar de manera clara y concreta las circunstancias que conllevan el retiro como una garantía del derecho fundamental a la publicidad y al debido proceso. Especialmente en la sentencia SU- 917 de 2010, ha sentado un precedente sólido exigiendo que la motivación del acto administrativo de retiro debe brindar al afectado los suficientes elementos de juicio para impugnar esa decisión:

(...) b. Contenido de la motivación.

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

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. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

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”**. 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**

¹ Al respecto las siguientes Sentencias de la Sección Segunda: del 19 de febrero de 2015, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez. Exp 4442-2013; del 02 de junio de 2011, C.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Exp No. 11001-03-15-000-2011-00558 (AC); entre otras.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. 23 de septiembre de 2010. Expediente No. 0883-2008.

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 (...)”** (Negrita por fuera del texto original)

Bajo los anteriores parámetros normativos y jurisprudenciales a continuación se analizará el caso concreto.

III. CASO CONCRETO

El señor **BRAYAN RINCÓN LÓPEZ** fue nombrado en provisionalidad como docente en la Institución Educativa La Quiebra (posteriormente se denominó Institución Educativa La Estrella) en el municipio de Norcasia con Resolución No 0057-6 del 07 de enero de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Departamental (fl 11 C.1)

Mediante Resolución 9020-6 del 30 de septiembre de 2015, la misma dependencia dio por terminado el nombramiento en provisionalidad bajo la siguiente motivación:

“(...) Que la Rectora de la Institución Educativa La Estrella, del municipio de Norcasia, mediante correo electrónico recibido el día 28 de septiembre de 2015 adjunta Documentos y Actas del Consejo Directivo en las cuales da a conocer el seguimiento que se le ha hecho al Docente RINCON LOPEZ BRAYAN relacionado con el incumplimiento de sus funciones y jornada laboral afectando la prestación del servicio en beneficio de los estudiantes y de la comunidad en general.

Que el Consejo Directivo de la Institución Educativa La Estrella, mediante Acta Extraordinaria No 001 de septiembre 28 de 2015, en uno de su (sic) apartes se le concedió la palabra a la Coordinadora Claudia María Londoño quien fue invitada y expresa: “(...) La Rectora solicitó elaborar un plan de mejoramiento para fortalecer la labor del docente, se pide que cumpla con la jornada académica, con el plan de estudios establecido, mejorar el trato hacia los estudiantes y comunidad; el Docente no cumple con lo establecido, el proceso se viene realizando con el ánimo de fortalecer la labor del Docente pero no se obtienen resultados positivos” (...)

Que el informe de desempeño ya aludió manifiesta el rector de la Institución Educativa La Estrella del Municipio de Norcasia que al docente se le han realizado en reiteradas ocasiones llamados de atención en forma verbal y escrita en sin que su desempeño mejore (...).

Del contenido del acto administrativo cuya nulidad se solicita, se observa que la administración sí motivó la decisión de retirar del servicio docente al señor

RINCÓN LÓPEZ. Pues se evidencia con lo anterior las circunstancias particulares y concretas, por las cuales se decide remover al funcionario. De contera, no se observan que las razones que se exponen sean justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado.

Por demás, se observa que la administración explicó de manera clara, detallada y precisa cuáles fueron las razones por las cuales se prescindió de los servicios del funcionario en cuestión. Estas razones básicamente se concretan en el incumplimiento reiterado de la jornada laboral y el trato hacia los estudiantes de la institución donde prestaba el servicio. Con esa misma motivación se denota el esfuerzo hecho por la institución para que se pudieran mejorar las condiciones en las que se estaba prestando el servicio educativo, de manera que el demandante estaba debidamente informado de las condiciones de tiempo modo y lugar por las que era retirado del servicio, por ello no resulta admisible que se atribuya una “falta de motivación” del acto administrativo, como causal de nulidad del mismo.

No obstante, es necesario verificar si las razones expuestas en la Resolución No 9020-6 del 30 de septiembre de 2015 efectivamente cuentan con el respaldo probatorio. Al respecto, en el cuaderno 2 del expediente reposan los antecedentes del acto administrativo mencionado, específicamente se observa el correo electrónico del 28 de septiembre de 2015 donde el Consejo Directivo de la Institución Educativa La Quiebra da cuenta de la situación que viene presentándose con el entonces docente **BRAYAN RINCÓN LÓPEZ**.

En el acta del 28 de septiembre de 2015, se deja constancia de la lectura de las actas de visita y seguimiento realizadas por las directivas de la institución (...) *ante las quejas e inquietudes de los padres de familia de la sede San Esteban* (fl 3 C.2). Con respecto al docente se expone que presenta incumplimiento de sus funciones, inasistencia al sitio de trabajo, incumplimiento de horario, incumplimiento de la documentación que le es requerida y mal manejo de relaciones con los padres de familia y comunidad educativa.

En oficios S.S.E.N Nro. 428 2015 del 23 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Salud y Educación del municipio de Norcasia y de la misma fecha, suscrito por la rectora de la Institución Educativa La Estrella, refieren las inconformidades presentadas con respecto al desempeño laboral del hoy accionante enterando de ello a la Secretaría de Educación Departamental (fls 7 y 8 C.2).

Igualmente fue aportado el plan de mejoramiento que las directivas de la Institución realizaron al docente con los compromisos adquiridos por él como lo indica la firma del documento que se observa a folio 10 del C.2. Posteriormente se realizó una verificación a este plan de mejoramiento evidenciando que el señor **RINCÓN LÓPEZ** no cumplió con las pautas entregadas por sus superiores (fls 14 y 15 C.2).

A folios 11 y 12 del C.2 se aportaron los requerimientos realizados al docente de fechas 04 de mayo y 02 de septiembre de 2015, por parte de la Coordinadora de la Institución Educativa La Estrella y finalmente reposa el acta del 10 de marzo de 2015, en la cual también se exponen los reparos de la comunidad

educativa frente al desempeño laboral del demandante como docente (fls 16 a 19 C.2)

Aunado a lo anterior, mediante oficio U.C.D del 13 de septiembre de 2018, la Unidad de Control Disciplinario del **DEPARTAMENTO DE CALDAS** remite los soportes del proceso disciplinario adelantado en contra del accionante por esa dependencia. De dichos documentos se concluye que si bien la investigación disciplinaria fue archivada mediante Auto del 06 de julio de 2016, en el expediente reposan varios documentos que versan sobre las falencias en la prestación del servicio del accionante; entre éstos se encuentran el oficio S.S.E.N Nro 398-2015 del 09 de septiembre de 2015 de la Alcaldía de Norcasia (fl 5), Oficio del 02 de septiembre de 2015 de la Institución Educativa La Estrella (fls 7 a 10), Acta del 11 de mayo de 2015 de la misma Institución (fls 11 a 15) y la comunicación del 05 de marzo de 2015 suscrita por algunos padres de familia (fls 26 a 28 C.3).

Los anteriores documentos resultan suficientes para concluir que el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no sólo motivó el acto administrativo con el cual retiró del servicio al actor; además probó que efectivamente esas razones se encontraban soportadas en pruebas suministradas por la misma comunidad educativa donde prestó sus servicios como docente. En este hilo argumentativo, del análisis individual y en conjunto de los medios de prueba que hacen parte del proceso se demuestra el fundamento de la determinación de prescindir de los servicios del aquí demandante.

No se puede pasar por alto que se trata del servicio educativo de niños, niñas y adolescentes quienes están en un proceso formativo, y, por ello, se debe propender por altas condiciones en la prestación del servicio, procurando las mejores condiciones del servicio educativo como pilar fundamental del desarrollo humano, social y económico del país.

En consecuencia, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo, pues, como ya se dijo, no se encontró demostrada ni la falta de motivación, ni la falsa motivación, debido a que en el expediente se encuentran suficientes medios de prueba que acreditan las razones que se expusieron como fundamento de la decisión.

Por lo visto, el Despacho encuentra probada las excepciones: Legalidad del acto administrativo demandado y la debida motivación del acto administrativo; al verificar la configuración de estos medios de defensa se encuentra también probada la inexistencia de obligación con fundamento en la Ley.

Ahora bien, se aclara que, si bien no existió una sanción disciplinaria en contra del señor **RINCÓN LÓPEZ**, ello no desestima todos los soportes allegados con relación a las observaciones en cuanto a su desempeño laboral y la búsqueda de soluciones con el incumplido plan de mejoramiento.

De manera que, conforme con los lineamientos legales y jurisprudenciales descritos en esta providencia, frente al acto administrativo que prescinde de los servicios de un servidor del Estado vinculado en provisionalidad, se exige una motivación suficiente, no necesariamente la existencia de una sanción

disciplinaria o de otro tipo en relación con quien es retirado del servicio como lo considera el apoderado de la parte actora. Para el caso, la accionada acreditó que con el comportamiento del accionante se estaba afectando la prestación del servicio para el cual fue nombrado, primero, porque se presentaron incumplimiento en la jornada laboral, no contaba con buenas relaciones personales con estudiantes y padres de familia, entre otras omisiones que le fueron advertidas previamente al actor, al igual que los intentos para mejorar la prestación del servicio consignada en el plan de mejoramiento; en criterio del Juzgado el acto administrativo estuvo debidamente motivado y con fundamento en medios de prueba que se estiman suficientes para estimar la estrategia de litigio de la parte actora, quien por demás no logró desvirtuar dicha presunción de legalidad.

Finalmente, se advierte que la parte actora no aportó una sola prueba que pusiera en duda el contenido del acto administrativo cuestionado y mucho menos de los documentos que soportaron su motivación; incumpliendo así una de las principales obligaciones para acudir a este y cualquier tipo de proceso, relacionado con demostrar lo que alega.

Tampoco resulta admisible argumentar que el señor **RINCÓN LÓPEZ** no obtuvo una calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones porque el entonces docente no ostentaba derechos de carrera administrativa y, por tanto, no se encontraba sujeto a una calificación periódica.

IV. CONCLUSIÓN

Acorde con lo expuesto, se declararán probadas las excepciones de i) Inexistencia de obligación con fundamento en la Ley; ii) Debida motivación del acto administrativo que declara la terminación del nombramiento en provisionalidad y iii) Legalidad del acto administrativo demandado propuestas por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda por encontrar la Resolución 9020-6 del 30 de septiembre de 2015 ajustada a derecho.

V. CONDENA EN COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte demandada efectivamente realizada dentro del proceso y la generación de gastos procesales, atendiendo el criterio objetivo – valorativo adoptado por Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³.

Se fijan Agencias en Derecho por el equivalente al 2% del valor de las pretensiones de la demanda no reconocidas⁴.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁴ Según el Acuerdo No. 1887 de 2003, puesto que el Acuerdo PSAA-10-554 de 2016 rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones: Inexistencia de obligación con fundamento en la Ley; ii) Debida motivación del acto administrativo que declara la terminación del nombramiento en provisionalidad y iii) Legalidad del acto administrativo demandado propuestas por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por **BRAYAN RINCÓN LÓPEZ** en contra del **DEPARTAMENTO DE CALDAS** de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS y agencias en derecho conforme a la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del CPACA.

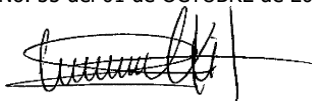
QUINTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JUAN PABLO RODRÍGUEZ CRUZ
JUEZ

Pkr/P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO – SISTEMA MIXTO - MANIZALES – CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO – ORALIDAD</u> La providencia anterior se notifica en el Estado No. 55 del 01 de OCTUBRE de 2020  CAROL XIMENA CASTAÑO DUQUE Secretaria
