



Rama Judicial

República de Colombia

Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RETIRO DEL SERVICIO EMPLEADO PROVISIONAL CON ENFERMEDAD PROFESIONAL
DEMANDANTE:	MARLENY ROJAS GIRALDO
DEMANDADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
RADICADO:	73001-33 -33- 011-2016-00365-00

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del presente medio de control promovido por la señora Marleny Rojas Giraldo contra La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda¹

1.1. Pretensiones²

Declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo No. DSAJ 000928 del 19 de agosto de 2016, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante.

SEGUNDA: A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro de la actora al cargo de auxiliar administrativo grado 03 de la oficina judicial de Ibagué o a uno de mayor jerarquía.

TERCERO: Que se condene a la entidad demandada, al pago de salarios dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuándo sea reintegrada, con la correspondiente indexación e intereses causados.

CUARTO: Que se declare la no existencia de solución de continuidad.

¹ Folio 38 al 60.

² Folio 39.

QUINTO: Que se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Hechos³

La apoderada judicial de la demandante expuso los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

1-. Señaló, que la demandante fue nombrada en provisionalidad mediante Resolución No. 001532 del 31 de agosto de 2006 como auxiliar administrativo grado 03 al servicio de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Ibagué.

2-. Refirió, que a través de Oficio DSEAJ 000928 del 19 de agosto de 2016, notificado el 29 de agosto de 2016, se terminó el nombramiento provisional de la demandante.

3-. Indicó, que mediante Resolución No. 002360 del 04 de agosto 2016, fue nombrado en reemplazo de la demandante, el señor Arévalo Santos Vargas.

4-. Precisó que, al momento del retiro del servicio, la demandante estaba cobijada con estabilidad laboral reforzada, en razón a que, según la calificación de invalidez de la Junta Regional, sufría enfermedad profesional denominada túnel del carpo.

5-. Añadió, que el acto de retiro está incurso en vicio de nulidad por falta de motivación.

1.3. Normas Violadas y concepto de la violación⁴

Constitucionales: artículos 1,2,25,53,29 y 125.

Legales: 138 del CPACA, Artículo 10º del Decreto 1227 de 2005 y artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

Argumentó, que el acto demandado carece de motivación, en tanto no señala las razones por medio de las cuales se terminó el nombramiento provisional de la demandante.

Indicó, que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Ibagué, ha venido haciendo nombramientos provisionales sin tener en cuenta lo previsto en la Ley 1350 de 2009, prueba de ello, la demandante fue vinculada desde el 31 de agosto de 2006.

Refirió, que la demandante gozaba de inamovilidad laboral relativa, dada la calidad de empleado provisional, en tal sentido, la competencia de la administración para ordenar el retiro del servicio era reglada y debía sujetarse a los procedimientos legalmente establecidos para tales efectos.

Reiteró, que conforme al artículo 10º del Decreto 1227 de 2005, antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador puede darlo por terminado, pero se exige para tal efecto motivación.

³ Folio 39 - 41

4

En lo demás, el concepto de violación relaciona una serie de pronunciamientos de Alta Corte, relativos al retiro del servicio de provisionales que ocupan cargos de carrera administrativa y la estabilidad laboral reforzada respecto a personas en condición de prepensionados.

1.4. Contestación de la demanda

Arévalo Santos Vargas⁵

El servidor vinculado, a través de apoderado judicial, presentó oportunamente escrito de contestación, se opuso a los hechos y pretensiones esbozados en la demanda, si bien no propuso excepciones en estricto sentido, como argumentos de defensa señaló lo siguiente:

Que el desplazamiento laboral de la demandante, se originó como consecuencia del concurso de méritos llevado a cabo por la administración judicial superado por satisfactoriamente por el señor Santos Vargas, proceso en el cual, la demandante también tuvo la oportunidad de participar, ante dicho escenario, la entidad demandada no estaba compelida a mantenerla vinculada, máxime cuando para la fecha de retiro, no gozaba de fuero de estabilidad laboral alguno por cuenta de reten social o condición de prepensionada.

Así mismo, señaló que en la demanda solo está probado el tiempo de servicios prestado por la demandante, lo cual, no acredita la situación pensional en estricto sentido.

En lo que atañe a la motivación del acto acusado, indicó que a partir del mismo se observa con meridiana claridad, que el mismo es breve pero debidamente fundamentado en cuanto a las razones por las cuales se procedió al retiro de la demandante, incluso, se expresó que ello se debía precisamente al nombramiento en propiedad del señor Santos Vargas conforme a la Resolución No. 002360 del 04 de agosto de 2016, en ese orden, estuvo específicamente determinado el motivo de la desvinculación.

Sustentó, que acorde a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 13 de marzo de 2003, radicado No. 4972-01, al empleado provisional no le asiste fuero de estabilidad laboral, siendo procedente su retiro sin motivación alguna, amén de ello, la permanencia del servidor público en el cargo, más allá del término previsto en la ley, no genera inamovilidad.

Finalmente precisó que, si en el nombramiento provisional de la demandante la discrecionalidad fue el elemento imperante, la misma circunstancia rige para su remoción.

Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial⁶

La entidad demandada, presentó oportunamente escrito de contestación, se opuso a los hechos y pretensiones esbozados en la demanda, como excepción previa propuso en escrito separado la siguiente:

⁵ Folio 91 al 94.

⁶ Folio 96 al 99.

- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES

Expuso, que la parte demandante solicitó la nulidad del oficio DESJ-000928 del 19 de agosto de 2016, por medio del cual se comunicó a la señora Marleny Rojas Giraldo, que a través de Resolución No. 002360 del 04 de agosto de 2016, fue nombrado el señor Arévalo Santos Vargas.

En ese orden, señaló que se peticiona la nulidad de un acto de comunicación no demandable, más no del acto que determinó su retiro, en este caso, la Resolución No. 002360 del 04 de agosto de 2016.

Se destaca, que dicho medio exceptivo fue examinado al interior de audiencia de fecha 30 de octubre de 2019 y fue declarado no probado.

En lo demás, se observa a partir del escrito de contestación, que la entidad accionada no formuló excepciones de mérito en estricto sentido, sin embargo, refirió los siguientes argumentos de defensa:

Que la desvinculación del cargo fue motivada por la necesidad de proveer el cargo en propiedad con uno de los aspirantes de la lista de elegibles conformada con base en la Convocatoria No. 02 del Acuerdo 398 del 9 de septiembre de 2009.

Recapituló las etapas surtidas en el marco de la convocatoria señalada, para concluir que es obligación Constitucional, legal y reglamentaria de la Dirección Seccional de Administración Judicial, realizar los nombramientos en propiedad respecto a los cargos vacantes, de conformidad con la Ley 270 de 1996 y el acuerdo de convocatoria mencionado.

Lo anterior, con el fin de garantizar a las personas que superaron satisfactoriamente el proceso de selección, el acceso al empleo público basado en la meritocracia.

En tal sentido, insistió que la desvinculación de la accionante se llevó a cabo en cumplimiento de un deber Constitucional, legal y reglamentario relativo al concurso de méritos adelantado, de hecho, se acudió a la lista de elegibles para realizar la respectiva provisión.

Finalmente, aludió respecto a la pretensión de reintegro, que la misma se torna improcedente habida cuenta que el señor Arévalo Santos Vargas, ocupa actualmente el cargo en propiedad, lo cual iría en contravía a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este despacho, quien mediante auto de fecha 23 de enero de 2018 admitió la misma⁷, efectuadas las notificaciones de rigor, la demanda fue contestada oportunamente tanto por el señor Arévalo Santos Vargas como por la entidad demandada.

⁷ Folio 74.

Surtido el traslado y la contradicción de las excepciones formuladas, mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial⁸.

La audiencia referida fue celebrada el 30 de octubre de 2019⁹, la cual finalizó con decreto de pruebas, las cuales fueron practicadas en audiencias del 13 de febrero y 31 de agosto de 2020, en esa última diligencia, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se ordenó la presentación escrita de los alegatos finales.

Luego de rendidos los alegatos por las partes y encontrándose el proceso al Despacho para proferir sentencia, mediante proveído del 28 de febrero de 2022 se emitió auto de mejor proveer.¹⁰

Finalmente, el 12 de mayo de 2022 el proceso ingresó al despacho para emitir sentencia que en derecho corresponda.

2.2. Alegatos de conclusión

2.2.1. Parte demandante¹¹

Señaló que cuando le fue terminado el nombramiento en provisionalidad a la demandante, la misma se encontraba sufriendo de una enfermedad profesional denominada túnel del carpo debidamente calificada por la ARL, gozando de estabilidad laboral reforzada.

En Colombia las personas con una afectación a su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares cuentan con amplia protección constitucional que impone el deber al Estado y a los empleadores de garantizar su derecho a trabajar en condiciones que se ajusten a su estado de salud.

La ley establece garantías a la población en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentra la integración y permanencia en el mercado laboral, protegiendo a los trabajadores con limitaciones de salud, prohibiendo que sean despedidos sin justa causa o sin autorización del Ministerio de Trabajo con la indemnización legal de 180 días de salario.

2.2.2. Parte demandada

- Arévalo Santos Vargas¹²

Argumentó, que el señor Santos Vargas, vinculado como tercero con interés al interior de la presente actuación, demostró a través del concurso de méritos para el cual fue convocado, su capacidad e idoneidad para que cargo que aspiró, de ahí que se haya originado su designación y posesión en el cargo, de manera que, la decisión que se adopte en el presente asunto, no puede menoscabar su legítimo derecho independientemente que la retirada estuviese amparada con fuero de

⁸ Folio 121.

⁹ Folio 148-151.

¹⁰ Anexo No. 11 del expediente digital.

¹¹ Anexo No 7 del expediente digital.

¹² Anexo No 5 del expediente digital.

estabilidad, lo cual no es atribuible al vinculado, sino a la entidad demandada, la cual debió establecer la situación jurídica al momento de la desvinculación.

Concepto del Ministerio Público

No presentó concepto dentro del asunto de la referencia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

Se contrae a determinar si el Oficio número DSAJ 000928 del 19 de agosto de 2016, expedido por el Director Ejecutivo de Administración Judicial de Ibagué, se encuentra o no viciado de nulidad por falta de motivación.

También, como problema jurídico asociado tenemos el siguiente: ¿Para retirar del servicio a una persona que se encuentra en condiciones de discapacidad es necesario solicitar autorización al inspector de trabajo, a pesar de existir causales objetivas desvinculación?

3.2. Tesis

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ya que la señora Marleny Rojas Giraldo, si bien tenía en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 03 una estabilidad laboral intermedia, dada su vinculación provisional y su retiro obedeció al nombramiento de la persona en propiedad, la situación de debilidad manifiesta documentada, concretamente su condición de salud derivada de enfermedad profesional, al momento de enfrentar su desvinculación tornaba obligatorio que la entidad demandada le brindara protección especial, la omisión en tal sentido vicia el acto acusado, no porque la causal objetiva de retiro invocada no sea válida, **sino porque dadas las condiciones especiales de la demandante, no era suficiente para desvincularla de facto sin acudir a acciones afirmativas**¹³ y ello se traduce a motivación insuficiente.

Para resolver, el Despacho abordará el estudio de los siguientes aspectos: **i)** Carrera Administrativa como forma de provisión por excelencia del empleo público, **ii)** Breve distinción entre empleo de carrera administrativa y empleado de carrera administrativa, **iii)** Motivación, requisito para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, **iv)** Caso concreto.

4. Carrera administrativa - forma de provisión por excelencia del empleo público

En primer lugar y conforme al artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, ahora bien, conforme al artículo 125 del texto Superior, por regla general, los empleos en los órganos y entidades estatales son de carrera administrativa, exceptuando “*los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*”, aspecto que se replica en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004.

¹³ En Sentencia T-109 de 2021, la Corte Constitucional define la acción afirmativa como un “*Plexo de garantías encaminadas a asegurarles condiciones dignas y equitativas en el entorno laboral y a evitar dinámicas de exclusión del mercado del trabajo remunerado...*”.

Ahora, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, define la carrera administrativa como forma de ingreso al empleo público y permanencia en el mismo, en los siguientes términos:

“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.”

Por su parte, el artículo 156 de la Ley 270 de 1996, en relación con la carrera judicial¹⁴, dispone:

“La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio.”

Frente a la finalidad del sistema de carrera administrativa, la Corte Constitucional en sentencia C – 901 de 2008¹⁵, indicó:

“La carrera administrativa persigue unos fines específicos, a saber: (i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; (ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; (iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y (iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines.”

En ese orden, en privilegio a la meritocracia, el empleo público puede ser de **carrera administrativa**, cuyo fin es la provisión definitiva del mismo una vez la persona ha superado todas las fases o etapas de un concurso de méritos, **ahora, procede de manera temporal o transitoria nombramiento provisional** mientras se adelanta el concurso correspondiente o en eventos de vacancia temporal¹⁶, salvo que se haga uso de la figura de encargo con empleados de carrera administrativa que cumplan los requisitos para ser nombrados.

Ahora, como se refiere, el objeto de la carrera administrativa es “*garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; **estabilidad** e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público.*”, entonces, es claro que se procura, por un lado, honrar los principios que regentan la función pública (eficacia – eficiencia), la primacía del interés general y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos de

¹⁴ Ley 270 de 1996. Artículo 158. CAMPO DE APLICACION. Son de Carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales y de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción.

¹⁵En dicha sentencia la Corte abordó el estudio de Constitucionalidad correspondiente frente a unos artículos modificatorios de la Ley 909 de 2004.

¹⁶ Ley 270 de 1996. ARTÍCULO 135. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Los funcionarios y empleados pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: 1. En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial 2. **Separados temporalmente del servicio de sus funciones**, esto es: en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar.

cara a la administración pública, pero a su vez, establecer una garantía a favor de aquellas personas que ingresen al empleo público vía concurso de méritos, en el sentido que gocen de estabilidad laboral, de hecho, el artículo 2º, numeral 3º, literal b) de la Ley 909 de 2004, indica que en punto de efectividad de la prestación del servicio, es viable, “*La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad*”, sin embargo, dicha norma dispone que tal flexibilidad ha de entenderse **sin detrimento** de la estabilidad que trata el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, antes citado.

4.1. Breve distinción entre empleo de carrera administrativa y empleado de carrera administrativa

En gracia de brevedad, se considera de vital importancia, hacer unas reflexiones en torno a la distinción que hay entre un empleo de carrera administrativa y un empleado de carrera administrativa, para el efecto, se precisa:

Tal como se citó en párrafos anteriores, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, predica que, con el fin de garantizar la eficiencia en la función pública, en contraste y equilibrio con la estabilidad laboral, “*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.*”

Adicionalmente, la ley citada enfatiza a través de su artículo 31, numeral 5º, el momento a partir del cual, un empleado adquiere derechos de carrera administrativa, diferenciando que, estos solo se obtienen, una vez la persona ha superado: (i) Las fases de un proceso de selección en el cual prevalece el mérito, (ii) el periodo de prueba, (iii) la evaluación satisfactoria del periodo de prueba y (iv) la declaración mediante inscripción en el registro público de carrera administrativa (RPCA)¹⁷ que trata el artículo 34 ibidem.

Tratándose de la carrera judicial para empleados, de conformidad con el artículo 162 de la Ley 270 de 1996, se adquieren derechos de carrera una vez se surte el concurso de méritos, se conforma el Registro Seccional de Elegibles y se remiten las listas de elegibles para el respectivo nombramiento.

Entonces, a juicio del Despacho, se diferencian dos situaciones a saber:

- Toda persona que, habiendo superado las fases o etapas anteriormente referidas, ocupa un empleo de carrera, adquiere derechos de carrera propiamente dichos.
- La persona que, sin superar las fases indicadas en precedencia, es nombrada en un cargo o empleo de carrera, de manera provisional¹⁸, no goza automáticamente de derechos de carrera.

De manera que el empleo de carrera administrativa, es aquel que pertenece y se ubica al interior de las plantas de personal de las entidades públicas para ser provisto en propiedad previa realización de concurso de méritos, mientras que el empleado de carrera administrativa, es aquella persona que, habiendo superado un concurso de

¹⁷ El Registro Público de Carrera Administrativa (RPCA) es el archivo y almacenamiento de la información de las personas inscritas y las que puedan llegar a inscribirse como funcionarios públicos en el sistema de carrera administrativa.

¹⁸ Como supernumerario incluso.

méritos, entra a ejercer el cargo en propiedad, con las prerrogativas que de ella se derivan.

Se enfatiza en la distinción anotada, ya que la lectura ligera de dichos conceptos puede dar lugar a equívocos, de ahí, que a lo largo de la Ley 909 de 2004, aspectos como los derechos a la incorporación, reincorporación e indemnización (artículo 44)¹⁹, sus efectos (artículo 45)²⁰, derecho a traslado en caso de cambio de la naturaleza del empleo (artículo 6)²¹, preferencia en cuanto al encargo como figura que posibilita la movilidad laboral (artículo 24)²², ascenso y comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo fijo (artículo 26)²³, son derechos reconocidos a favor del empleado inscrito en el sistema de carrera administrativa y el Legislador utiliza de manera certera dicha denominación (empleado de carrera), para efectos de diferenciar que las prerrogativas a las cuales se hace mención, operan frente al empleado con derechos de carrera administrativa no frente a quien ocupa – de manera temporal, transitoria o provisional – un empleo de carrera.

4.2. Terminación de nombramientos provisionales – competencia, causas y requisitos

Siguiendo con la línea argumentativa trazada, surge el interrogante en torno a cuál es el fundamento que habilita al nominador para desvincular empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, pues bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, es importante referir los antecedentes normativos que han orientado el retiro del servicio en relación con empleados provisionales, veamos:

El artículo 107 del decreto 1950 de 1973²⁴ señalaba:

“(...) Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la

¹⁹ ARTÍCULO 44. *Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo.* Los empleados públicos de **carrera administrativa**, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

²⁰ ARTÍCULO 45. *Efectos de la incorporación del empleado de carrera administrativa a las nuevas plantas de personal.* Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

²¹ ARTÍCULO 6. *Cambio de naturaleza de los empleos.* El **empleado de carrera administrativa** cuyo cargo sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña, si existiere vacante en la respectiva planta de personal; en caso contrario, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.

²² ARTÍCULO 24. *Encargo.* Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, **los empleados de carrera** tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

²³ ARTÍCULO 26. *Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo.* Los **empleados de carrera** con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en periodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de periodo, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

²⁴ “Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”.

facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados (...)”.

Por su parte, el artículo 7º del decreto 1572 de 1998²⁵ estableció:

“Artículo 7º.- El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.”

De conformidad con lo anterior, el retiro del servicio para los empleados provisionales, incluso a la luz de la ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, podía disponerse por acto de insubsistencia que no requería ser motivado; es decir, no se debía expresar las causas de la desvinculación.

La tesis anteriormente expuesta se volvió pacífica con la sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada dentro del expediente No 1834-01 con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, donde la sección segunda unificó su criterio, toda vez que la subsección A consideraba que los actos de retiro de provisionales debían motivarse así fuera sumariamente y la subsección B consideraba que tal decisión no la requería. No obstante, a partir del Decreto 1227 de 2005²⁶, la tendencia normativa anteriormente referida apuntó en sentido contrario, es decir, que la decisión de retiro del empleado provisional, si bien era procedente, la desvinculación debía ser motivada, veamos:

“ARTÍCULO 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”

En tal sentido, es claro a partir de la norma en cita, que quien ostenta competencia y facultad para desvincular un empleado nombrado en provisionalidad, es el nominador, ahora, la condición o exigencia legal para ello, consiste en que la terminación de la provisionalidad debe ser debidamente motivada, es decir, que las causas que le sirven de sustento sean verificables, en tal sentido, se destaca la sentencia de unificación 917 de 2010, a través de la cual, la Corte Constitucional ha referido lo siguiente:

“Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no

²⁵ “Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto-ley 1567 de 1998”.

²⁶ Hoy derogado por el Decreto 1083 de 2015.

goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico...” (Subrayas fuera de texto).

Ahora, las causas para remover provisionales, deben obedecer a sanciones disciplinarias, baja calificación en las funciones²⁷, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, ello conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). “Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo (...).”²⁸

De hecho, el mismo Órgano de cierre ha reconocido que no existe para los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido vinculados mediante concurso, precisamente porque “...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**²⁹, 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.**”³⁰

Con todo, las causas que jurisprudencialmente se han recogido para el retiro de servidores que ocupan provisionalmente cargos de carrera administrativa, no se constituyen en un listado cerrado o taxativo que impida la concurrencia de diferentes circunstancias que, debidamente identificadas e individualizadas, originen la terminación del nombramiento provisional, luego la exigencia gira en torno a la motivación del acto de desvinculación, el cual, debe obedecer al estándar de *razón suficiente*, según el cual, “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.”³¹

Recapitulando, tenemos que la competencia legal para desvincular empleados que ocupan cargos de carrera administrativa recae en cabeza del nominador, que la

²⁷Concepto 062661 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública “Las normas que regulan la materia no consagran la evaluación del desempeño para las personas vinculadas mediante nombramiento provisional; no obstante, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que la entidad puede evaluarlos a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, o podrá emplear formatos similares a los que utiliza para la evaluación de los empleados de carrera o en periodo de prueba, esta evaluación debe generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad, **para lo cual deberá señalarse de manera expresa que la misma no genera derechos de carrera ni los privilegios que la ley establece para los servidores que ostentan esta condición, ni el acceso a los incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados en carrera administrativa.**”

²⁸Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁹ “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 cuáles 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...” Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, **al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión**”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).”

³⁰Sentencia T-373 de 2017.

³¹ SU 917 – 2010.

exigencia legal para el ejercicio de dicha facultad, es la motivación del acto administrativo, que dentro de las causas que tornan procedente la terminación del nombramiento provisional, se encuentran aquellas circunstancias específicas y constatables que afecten el servicio a cargo del servidor o se traduzcan a incumplimiento de funciones, que la estabilidad laboral predicable frente a los empleados con derechos de carrera, no se extiende a los nombrados provisionalmente, pues su permanencia en el cargo es de postura relativa o intermedia y finalmente, el debido proceso, tratándose de terminación del nombramiento provisional, se garantiza con el señalamiento concreto, claro, puntual y preciso de las razones que determinaron la desvinculación, de suerte que el afectado las conozca y pueda debatir las mismas en sede de judicial.

4.3. Terminación de nombramientos provisionales en relación con personas en condición de discapacidad

Como punto de partida en relación específica con el tópico anotado, el Despacho considera importante traer a colación la definición del concepto de personas en condición de discapacidad, en términos de la Corte Constitucional³²:

*“...engloba a “aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. En dicho colectivo se encuentran las personas con limitación, con alguna deficiencia, con alguna discapacidad y las personas minusválidas. Dicha terminología **no debe ser entendida de manera lineal sino comprensiva** ya que debe incluir las **deficiencias físicas** o mentales de carácter **temporal y permanente que implique limitaciones en las funciones y estructuras corporales, restricciones o barreras en el acceso**. Por ende, las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) **mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas**. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad.”*

Como puede observarse, el alcance que se da al concepto de “persona en condición de discapacidad”, no se ve delimitado por un estándar objetivo, cualificado o cuantificado que oriente la protección debida, la noción, si bien es genérica, permite en cada caso concreto, verificar, si la persona que reclama se ubica en el colectivo mencionado y a partir de ello, establecer – en asuntos laborales –, la procedencia de acciones afirmativas siempre en consideración a que se está frente a sujetos de especial protección.

Respecto a la especial protección que gozan las personas en condiciones de discapacidad en materia laboral, el órgano de cierre referido ha considerado, entre otras cosas, los siguientes aspectos:

“el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede ser entendido simplemente como la imposibilidad de retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino que además implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud en el que 'pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesional mente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los

³² Sentencia C-606 de 2012.

intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas.³³

Lo anterior, debe analizarse y acompasarse en cada caso, de suerte que la garantía laboral reforzada respecto a dicho grupo poblacional, no implique correlativamente vulneración a los derechos que ostentan los funcionarios de carrera administrativa; ello en punto del principio de armonización concreta.³⁴

En ese orden, el empleador debe procurar las alternativas administrativas a su alcance (acciones afirmativas) en aquellos eventos donde se identifiquen en la planta de personal, empleados nombrados en provisionalidad con protección laboral reforzada³⁵, por ejemplo, en condición o con grado de discapacidad, siendo claro que para dichos casos la desvinculación no procede *de facto*, sino que antecede la adopción de medidas que procuren la protección laboral, no apuntando a la permanencia indefinida en un empleo cuya provisión corresponda a través del sistema de carrera, sino lo posibilidad de extender la consecución de bienes y servicios en forma digna.

Hechas las consideraciones generales, corresponde descender al caso concreto, en el cual se examinarán las pruebas arrimadas al trámite y se dará respuesta a los dos interrogantes planteados en el problema jurídico, especialmente, si para el retiro del servicio de una persona en condición o con algún grado de discapacidad es necesario autorización del inspector de trabajo.

5. Caso concreto

Según las documentales que reposan en la actuación, como hechos probados tenemos los siguientes:

- Que la señora Marleny Rojas Giraldo, identificada con C.C. No. 51.704.084 de Bogotá, prestó sus servicios en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Ibagué, desde el 4 de septiembre de 2006 hasta el 14 de septiembre de 2016, lapso durante el cual, ocupó el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 03. (Folio 34 y 35)
- Que según el desprendible de nómina visto a folio 3 del expediente, la última asignación básica devengada por la demandante ascendió a la suma de \$994.228.
- La Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen de fecha 12 de mayo de 2014, diagnosticó a la demandante “*SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO DERECHO*” y “*EPICONDILITIS LATERAL DERECHA*”, calificándoles como de origen laboral. (Folio 168-171)

³³ Sentencia T-663 de 2011.

³⁴ Al respecto, véase la sentencia de fecha seis (6) de noviembre de dos mil quince (2015) del Tribunal Administrativo del Tolima, Magistrado Ponente: Doctor CARLOS ARDILA OBANDO Ibagué Radicación: 73001-33-31-009-2011-00446-01 N° interno: 00509-2014.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN Número único de radicación: 08001-23-33-000-2021-00553-01. “La protección de la estabilidad laboral reforzada consiste, de una parte, en el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas administrativas o legislativas que atenten contra el principio de igualdad de trato y, de otra, impulsar acciones afirmativas orientadas a proteger a las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, **personas con discapacidad** o diversidad funcional u otras personas en estado debilidad manifiesta, tales como, **garantizar el derecho a no ser despedido por causa de la situación de vulnerabilidad, a que la permanencia en el empleo pueda darse hasta que se configure una causal objetiva que imponga la terminación del vínculo y a que la correspondiente autoridad laboral autorice el despido.**”

- Dicho dictamen y el origen de la enfermedad laboral, fueron confirmados por vía de reposición, mediante decisión del 6 de febrero de 2015. (Folios 27 y 28)
- A través de Resolución No. 002360 del 04 de agosto de 2016, se nombró en propiedad al señor Arévalo Santos Vargas en el cargo de auxiliar administrativo grado 03³⁶ para la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Ibagué. (Folio 164-166).
- Según dictamen de fecha 01 de agosto de 2017, emitido por la Compañía de seguros POSITIVA, la pérdida de capacidad laboral (PCL) de la demandante ascendió a un valor de 11,63%. (Folio 174 al 178)
- A folios 81 al 83 de los antecedentes administrativos, obra oficio radicado de fecha 23 de marzo de 2012, por medio del cual, la demandante documentó al Director Seccional de Administración Judicial de Ibagué, sobre su enfermedad laboral, incluso, mediante oficio No. DSAJ-000536 del 05 de junio de 2012, dicha Dirección dio traslado del diagnóstico a la aseguradora en riesgos laborales.

Considerando los hechos probados al interior de la presente actuación, el Despacho se anticipa a referir que el acto acusado, si bien se fundamenta en una causal objetiva de retiro (provisión por concurso de méritos), está viciado de nulidad por dos razones: i) La entidad accionada no solicitó autorización al Inspector de Trabajo para desvincular a la demandante, como persona con estabilidad laboral reforzada debido al grado de discapacidad derivado de la enfermedad profesional debidamente diagnosticada y ii) La entidad demandada tampoco adoptó acciones afirmativas en favor de la actora dada su condición de salud con incidencia laboral, frente a dichas circunstancias es menester realizar las siguientes reflexiones:

La controversia que nos convoca, ubica en un extremo a la demandante, empleada nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa (auxiliar administrativo grado 03), quien al momento de la desvinculación sufría enfermedad profesional, en el otro extremo, se ubica el señor Arévalo Santos Vargas, persona que por vía de concurso de méritos fue nombrado en propiedad en el cargo ocupado por la actora, en ese orden, surgen dos interrogantes a partir del escenario propuesto: ¿El retiro del servicio fue debidamente motivado? y ¿El principio del mérito, como máxima que orienta el acceso al empleo público, prevalece sobre la estabilidad laboral reforzada a favor del empleado provisional con grado de discapacidad?

Como respuesta a los interrogantes señalados, para el Despacho es claro que el acto demandado y por ende el retiro del servicio cuestionado, se fundó en causal objetiva, aunque la parte actora aduce que hubo falta de motivación, se considera que en estricto sentido no la hubo, pues a partir de la lectura del acto acusado, se aprecia que la desvinculación obedeció al nombramiento en propiedad de la persona que había superado el concurso de méritos previamente adelantado.

Incluso, si la falta de motivación como cargo de nulidad refiere la carencia de hechos determinantes para expedir el acto, en este caso, no se aprecia que se adolezca de dicha falencia, pues se reitera, a folios 164 al 166 reposa la resolución de nombramiento de la persona en reemplazo de la actora, que acredita la

³⁶ Tomó posesión el 15 de septiembre de 2016.

situación que originó la desvinculación controvertida y tal situación se replica en el acto acusado como motivo cierto para el retiro del servicio, incluso, en gracia de discusión, con el mero nombramiento en propiedad realizado, opera básicamente un retiro tácito del empleado nombrado provisionalmente, sin embargo, en este caso, la actora conoció sobre su desvinculación a partir de la comunicación que se le hizo, la cual, independiente de su denominación formal (comunicación), su contenido material habilita el control judicial.

En ese orden, si bien el acto demandado se fundamentó en una causal objetiva de retiro, tal como se reseñó en párrafos anteriores, el principio de armonización concreta obliga a que el reconocimiento de un derecho no sacrifique o restrinja otro igualmente válido, en otras palabras, la efectividad de una prerrogativa no puede ir en menoscabo de derechos Constitucionalmente amparados³⁷.

Por tales razones, es claro que si bien al señor Arévalo Santos Vargas le asistía legítimo derecho, en punto de mérito, en acceder al empleo público en el cual fue nombrado en propiedad y en reemplazo de la demandante, no menos cierto es, que la entidad demandada debía, dada la enfermedad profesional que sufría la actora, situación que la hacía sujeto de especial protección, en razón al grado de incapacidad, proceder de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según el cual:

"ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)"

La exigencia contenida en la disposición en cita, implica una obligación previa a cargo del empleador, consistente en obtener la autorización del inspector de trabajo para retirar del servicio a una persona que se encuentre en condiciones de discapacidad; requisito previo que debe ser obtenido, inclusive, cuando existan justas causas para la desvinculación del sujeto de especial protección, por ejemplo, el retiro del servicio por provisión en propiedad, circunstancia objetiva que lleva implícita la desvinculación del funcionario, que no exceptúa a la regla establecida en el artículo referido.

Al respecto, debe precisarse que el examen a realizar por parte del Inspector de trabajo, no se traduce a un aspecto formal, como tampoco, habilita intromisión en la designación o nombramiento de la persona en lista de elegibles, sino que debe verificar que por parte del empleador se agoten todos los medios administrativos que procuren acciones afirmativas en favor del empleado en condición de discapacidad o cuyo estado de salud no sea óptimo, por regla general, a través de reubicación laboral, precisamente para velar por la estabilidad laboral.

En el caso que nos atañe, revisada la actuación y los argumentos defensivos de la entidad demandada, es claro que la misma no solicitó autorización del Inspector de Trabajo para retirarla del servicio, a pesar de conocer de antemano sobre la enfermedad profesional que padecía, como tampoco, según las pruebas arrojadas al proceso, se acredita ninguna actuación dirigida a concretar acciones

³⁷ Sentencia No. T-425/95.

afirmativas en favor de la trabajadora, la cual, se reitera, probó padecer enfermedad laboral como antecedente a su desvinculación.

Ahora, la adopción de acciones afirmativas no se antepone o desconoce el principio de mérito, sino que procura un punto medio o balance entre la colisión de derechos ya referida con antelación, frente a ello, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2017³⁸, precisó:

“...El derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica de los trabajadores que ostentan una condición de debilidad manifiesta, tales como las madres o padres cabeza de familia, los que estén próximos a pensionarse, o los que se encuentren en situación de discapacidad o su estado de salud no sea óptimo³⁹”

“En contraposición al derecho a la estabilidad reforzada, se encuentran los derechos derivados de la carrera administrativa, que garantizan que una persona que hubiese cumplido los requisitos y condiciones fijadas en la ley en relación con el mérito y calidad de los aspirantes, pueda acceder a los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Su retiro, solamente se justifica por la calificación no satisfactoria en el desempeño del cargo, por violación al régimen disciplinario y por las demás causales que prevea la Constitución y la Ley.”

“...La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y esta Sala ha sido clara en establecer que, en los eventos en que un cargo de carrera ofertado está provisto en forma provisional por una persona en condición de debilidad manifiesta, el retiro del servicio de esta última a causa del nombramiento de quien aprobó todas las etapas del concurso de méritos, se encuentra claramente justificado, pues es evidente que el retiro del funcionario obedeció a una causal objetiva expresamente consagrada en la Ley y no con ocasión de su condición de debilidad.”

“Sin embargo, también se ha señalado que pese a lo anterior, en atención al derecho a la igualdad y al principio de solidaridad, al Estado le asiste la obligación de adoptar medidas de diferenciación positiva a efectos de que las personas que ostenten cargos de carrera en provisionalidad y se encuentren en debilidad manifiesta, sean los últimos en ser desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados, pues existe una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo y la garantía de sus derechos fundamentales, como el mínimo vital y la igualdad”.

Conforme a la postura señalada, si bien el titular del cargo de carrera tiene un mejor derecho frente a aquel que se encuentra vinculado en provisionalidad y bajo una situación de debilidad manifiesta, la administración debe procurar un especial trato hacia este y, en tal entendido, adoptar las medidas que tenga a su alcance para garantizar el derecho a la igualdad y al principio de solidaridad, pues aunque la estabilidad laboral⁴⁰ de los empleados provisionales es intermedia o

³⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN Número único de radicación: 08001-23-33-000-2021-00553-01.

³⁹ En relación con los trabajadores que no gozan de un estado de salud óptimo, esta Sala refiriéndose a la Sentencia T-320 de 2016, adujo que tales personas deben ser protegidas por el Juez Constitucional, en virtud de su derecho a gozar de una estabilidad laboral reforzada, con el fin de garantizar que no sean despedidas con ocasión de su enfermedad. Para el efecto, véase la sentencia de 23 de febrero de 2017 (Expediente núm. 2016-05172. Consejera ponente María Elizabeth García González.)

⁴⁰ Sentencia T-326 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. 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. (...) Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse

relativa, tratándose de personas en condición de debilidad manifiesta, verbigracia en condición de discapacidad o con afecciones de salud, se les debe dar un trato diferenciado en punto de derechos.

En consecuencia, se concluye de cara al caso concreto, que si bien la señora Marleny Rojas Giraldo, tenía en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 03 una estabilidad relativa, dado que su vinculación lo fue en provisionalidad, su retiro debe ser motivado, en este caso, obedeció al nombramiento de la persona en propiedad, no obstante, dada la situación de debilidad manifiesta documentada por la parte demandante, concretamente su condición de salud derivada de enfermedad profesional, al momento de enfrentar su desvinculación la entidad demandada debía brindarle protección especial, la omisión en tal sentido vicia el acto acusado, no porque la causal objetiva de retiro invocada no sea válida, **sino porque dadas las condiciones especiales analizadas, no era suficiente para desvincular de facto a la demandante, sin acudir previamente a acciones afirmativas**⁴¹ y ello se traduce a una motivación insuficiente.

Por lo anterior, siguiendo las pautas de la sentencia SU-556 de 2014 emitida por la Corte Constitucional, *“Las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, **siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso;** y, (ii) **a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.**”*⁴²

Así las cosas, sería del caso ordenar el reintegro de la demandante, sin embargo, está documentado en el plenario, que el cargo ocupado en provisionalidad por la actora ha sido provisto en propiedad, previo concurso de méritos (Folios 164-166), así mismo, que actualmente no existen vacantes en la planta de personal de la entidad demandada, donde sea susceptible reintegrar a la actora⁴³, en ese orden, se ordenará a la entidad demandada, a título indemnizatorio, pagar a la demandante los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir al tope máximo establecido, es decir, lo correspondiente a veinticuatro (24) meses, teniendo en cuenta que entre el retiro del servicio y el fallo de primera instancia han transcurrido más de dos (2) años, ahora, para liquidar la entidad debe tomar como base la última asignación básica devengada por la actora, que según el desprendible de nómina visto a folio 3 del expediente, asciende a la suma de \$994.228.

unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

⁴¹ Ver sentencia T-397 de 2004. De manera más concreta, las medidas afirmativas sobre la población discapacitada deben desarrollarse con base en los siguientes lineamientos establecidos en la jurisprudencia constitucional: *“(a) la igualdad de derechos y oportunidades entre las personas con discapacidad y los demás miembros de la sociedad, con la consiguiente prohibición de cualquier discriminación por motivos de discapacidad, (b) el derecho de las personas con discapacidad a que se adopten todas las medidas necesarias para poder ejercer sus derechos fundamentales en pie de igualdad con los demás, y (c) el deber estatal correlativo de otorgar un trato especial a las personas con discapacidad.*

⁴² La Corte varió el remedio constitucional adoptado en las sentencias SU-691 de 2011 y SU- 917 de 2010. Esto es, sustituye la aplicación del derecho viviente del Consejo de Estado relativo a las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de desvinculación, **por un instrumento indemnizatorio de mínimos y máximos**, similar al empleado por el legislador al sancionar los despidos injustificados de trabajadores privados en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁴³ Anexo 17 del expediente digital.

A la suma reconocida, deberán descontarse las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante.

6. Con relación a la condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado⁴⁴ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. Las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que la apoderada de la parte demandante presentó demanda, se pronunció frente a las excepciones, asistió a la audiencia inicial y las de pruebas realizadas, así mismo, presentó alegatos de conclusión, es decir, se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$589.191 a favor de la parte demandante, de conformidad con el Acuerdo No. PSSA – 16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y que equivale al 7% de la estimación razonada de la cuantía (Fol.60).

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Oficio DESAJ-000928 del 19 de agosto de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se ordena a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, pagar a la señora **MARLENY ROJAS GIRALDO** identificada con C.C. No. 51.704.084, a título indemnizatorio, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como Auxiliar Administrativo Grado 03, correspondientes a veinticuatro (24) meses, tomando como base la última asignación básica devengada por la actora, es decir, la suma de \$994.228.

⁴⁴ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

A la suma reconocida, deberán descontarse las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante.

TERCERO: No procede orden de reintegro laboral, por las razones expuestas en procedencia.

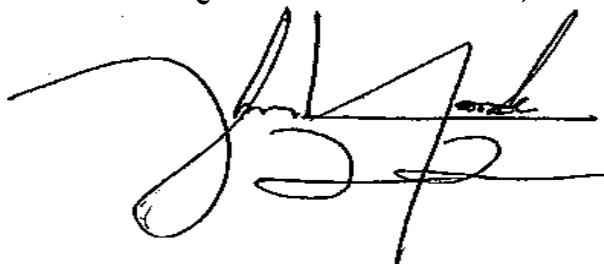
CUARTO: CONDENAR en costas a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Ibagué Tolima, tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$589.191 , que serán tenidas en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas procesales.

QUINTO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando

SEXTO: DESE cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'John Libardo Andrade Flórez', written over a horizontal line.

**JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
JUEZ**